Die Verweigerung des Parteieides.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Wolfgang Busch

Gerichtsreferendar aus Merseburg.

Halle-Saale

Ostdeutsche Druckerei und Verlagsanstalt, Inhaber Otto Jung.

1926

Berichterstatter:
Professor Dr. Dr. Langheineken.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Auszug.

Im Eidesbeweisverfahren der Zivilprozeßordnung knüpft sich an eine Reihe von Tatbeständen die Wirkung der Eidesverweigerung. Sämtliche Fälle lassen sich dabei zu fünf rechtlich verschiedenen Gruppen zusammenfassen. Vor Auferlegung des Eides durch eine Entscheidung führt die ausdrückliche Verweigerung der Annahme, die Nichterklärung (§ 452 II) oder die unzulässige Zurückschiebung (§ 452 II) eine für den Delaten ungünstige Wirkung herbei. Dieselbe Rechtsfolge erzeugen nach Auferlegung des Eides die Verweigerung der Leistung (§ 464 II) oder das Ausbleiben des Schwurpflichtigen im Schwurtermin (§§ 465—468). Bei der Regelung dieser fünf Fälle erweist sich das Gesetz als unzulänglich. Die sich ergebenden Möglichkeiten werden entweder garnicht oder nur teilweise berücksichtigt. Unklarheiten und Streitfragen beherrschen Rechtssprechung und Schrifttum. Diese Mängel durch eine scharfe Unterscheidung der einzelnen Fälle einer Eidesverweigerung im Tatbestand und in den übrigen Rechtsfolgen möglichst zu beseitigen, soll die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein.

I. Es sind zunächst die drei Fälle der Eidesverweigerung vor Auferlegung des Eides zu behandeln. Bevor man die Scheidungslinie zwischen ihnen zieht, bedarf die Frage nach dem Grunde der Trennung einer Antwort. Denn nur eine rechtliche Verschiedenheit dieser Fälle bedingt eine gesonderte Behandlung. Um nun aber das Verhalten des Delaten überhaupt werten zu können, ist eine Untersuchung seiner Rechtsstellung erforderlich.

Es gibt keine „Erklärungspflicht" des Delaten, d. h. eine Pflicht, sich auf die Zuschiebung zu erklären. Eine solche Erklärung kann niemals erzwungen werden. Aber es besteht eine „Duldungspflicht" des Delaten, die Pflicht, einen Eingriff des Staates zu dulden. Der Delat gerät stets in das Eidesverfahren hinein; er muß an der Beweisführung teilnehmen, die vorher alleinige Aufgabe des Gegners war. Das bedeutet Zwang. Dieser Zwang setzt aber, wenn er nicht rechtswidrig sein soll, eine Pflicht voraus. Es ist daher anzunehmen eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Delaten gegenüber dem Staat als Träger der gerichtsbarkeitlichen Tätigkeit, die rechtlichen Folgen der Zuschiebung erdulden zu müssen.

Der Delat kann seine Pflicht selbst erfüllen, indem er seine Unterwerfung unter sie zum Ausdruck bringt. Dann erübrigt sich jeglicher Zwang. Geschieht diese freiwillige Unterwerfung nicht, so hat der Delat seine Pflicht nicht selbst erfüllt; Pflichterfüllungszwang wird notwendig; er besteht in der Anwendung einer nachteiligen Fiktion. Diese Fiktion knüpft an das Verhalten des Säumigen dieselben Rechtswirkungen wie an ein für eine nichtsäumige Partei ungünstiges Verhalten. Damit erhalten wir folgendes Ergebnis:

a) Ausdrückliche Verweigerung der Eidesannahme ist Selbstpflichterfüllung und Ausübung des dem Delaten zustehenden Wahlrechts in dem Sinne, auf das Recht des Eidesgebrauchs zu verzichten.

b) Nichterklärung ist Unterlassung der Pflichterfüllung. Der richterliche Zwang greift ein, der Säumige wird in die Delatenrolle gezwängt, und an sein Verhalten werden dieselben Folgen geknüpft wie an eine ausdrückliche Verweigerung.

Beide Fälle sind also rechtlich durchaus verschieden. Bei ihrer Behandlung ist die Aufgabe eine doppelte. Einmal sind die Tatbestände des einen Falles von denen des andern streng zu sondern. Ferner ist zu zeigen, wie abgesehen von

der gemeinsamen Wirkung der Eidesverweigerung sich durchaus verschiedene Folgen an beide Fälle knüpfen.

1. Für die Annahmeverweigerung erhalten wir folgende Ergebnisse. Sie liegt vor, wenn sich aus dem Verhalten des Delaten ein auf Nichtannahme gerichteter Willensvorgang erkennen läßt. Sie hat zur Folge, daß der Eid verweigert, die Darstellung des Gegners bewiesen ist. Damit haben Annahmeverweigerung und Leistungsverweigerung (§ 464 II) das gleiche Ergebnis. Die Annahmeverweigerung kann nur bei Aufnahme neuer Beweise widerrufen werden (§§ 454 II, 453 Satz 1, 533 I, 529).

2. Erfüllt der Delat seine Pflicht nicht selbst, so haben wir es mit einer Erklärungsverweigerung zu tun. Diesem Begriff sind alle Fälle unterzuordnen, in denen sich aus dem Verhalten des Delaten kein Einverständnis mit dem Eidesverfahren ergibt, sei es nun, daß der Delat seinen Widerstand zum Ausdruck bringt, sei es, daß er sich dem Eidesverfahren gegenüber passiv verhält. An die Erklärungsverweigerung knüpft sich die Wirkung, daß der Eid als verweigert, die Darstellung des Deferenten als bewiesen gilt (§ 452 II). Diese Wirkung kann beliebig beseitigt, die unterbliebene oder verweigerte Erklärung sogar noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden (§ 531).

3. Auch in den Fällen einer unzulässigen Zurückschiebung gilt der Eid als verweigert (§ 452 II). Die unzulässige Zurückschiebung wird der Erklärungsverweigerung im Tatbestand und in den Rechtsfolgen vom Gesetz ausdrücklich gleichgestellt.

II. Für die Fälle der Verweigerung des auferlegten Eides gelten folgende Regeln: Es besteht keine Eidesleistungspflicht. Durch die Eidesanordnung entsteht aber auch hier eine „Duldungspflicht" der Partei, nämlich die Folgen der Eidesbeweisaufnahme über sich ergehen zu lassen. Die Partei kann auch hier ihre Pflicht durch freiwillige Unterwerfung selbst erfüllen. Es geschieht dadurch, daß sie für das Erscheinen des Schwurpflichtigen im Beweistermin sorgt, also entweder selbst erscheint oder die Anwesenheit des schwurpflichtigen Dritten bewirkt. Im Falle des Nicht-

erscheinens des Schwurpflichtigen dagegen wird Pflichterfüllungszwang, Anwendung einer Fiktion, notwendig. Auch hier sind daher die Fälle der Pflichterfüllung, der Leistungsverweigerung, von denen der Nichterfüllung, des Nichterscheinens des Schwurpflichtigen im Schwurtermin, im Tatbestand und in den Rechtsfolgen streng zu trennen.

1. Läßt sich aus dem Verhalten des erschienenen Schwurpflichtigen ein auf Leistung gerichteter Wille nicht erkennen, so liegt Leistungsverweigerung vor. Ihre Wirkung besteht darin, daß das Gegenteil des Schwurthemas voll bewiesen ist (§ 464 II). Diese Wirkung kann nicht beseitigt werden.

2. Erscheint der Schwurpflichtige im Beweistermin nicht, versäumt er also, selbst seine Pflicht zu erfüllen, so tritt Pflichterfüllungszwang in Gestalt einer nachteiligen Fiktion ein. Auf Antrag des Gegners gilt der Eid als verweigert, das Gegenteil des Schwurthemas als bewiesen. Es besteht eine einmalige Beseitigungsmöglichkeit (§§ 465 bis 468). Die Novelle von 1898 hat diesen letzten Fall einer Eidesverweigerung ausführlich, aber unbefriedigend geregelt. Es haben sich daraus manche Unklarheiten ergeben, namentlich bei der Eidesabnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung. Die Aufgabe 8

I. Kapitel.

Die Eidesverweigerung vor Auferlegung des Eides durch eine Entscheidung.

§ 2. 1. Die Voraussetzungen 11

2. Die Eideserklärung.

§ 3. a) Die rechtliche Stellung des Delaten 12

§ 4. b) Der Begriff der Rechtspflicht 14

§ 5. c) Ablehnung einer Erklärungspflicht 17

§ 6. d) Die Pflicht des Delaten, die Folgen der Zuschiebung zu dulden 18

§ 7. e) Die Nachteile der Fiktion 21

§ 8. f) Ergebnis 23

3. Die Annahmeverweigerung.

§ 9. a) Die mangelnde gesetzliche Regelung 25

§ 10. b) Die Tatbestände 28

§ 11. c) Die Folge 30

§ 12. d) Der Widerruf 32

§ 13. e) Ergebnis 39

4. Die übrigen Fälle der Eidesverweigerung vor Auferlegung des Eides.

A. Die Erklärungsverweigerung.

§ 14. a) Die Tatbestände 39

§ 15. b) Die Folge 41

§ 16. c) Die Beseitigung der Wirkung 42

§ 17. d) Ergebnis 43

B. Die unzulässige Zurückschiebung.

§ 18. a) Die Zulässigkeit der Zurückschiebung . . . 44

§ 19. b) Die Folge 45

§ 20. c) Die Nachholung einer geeigneten Erklärung . 47

§ 21. d) Ergebnis 48

II. Kapitel.

Seite

Die Verweigerung des auferlegten Eides.

§ 22. 1. Die Voraussetzungen 49
§ 23. 2. Die Eidesleistung 53
3. Die Leistungsverweigerung.
§ 24. a) Die Tatbestände 55
§ 25. b) Die Folge 60
§ 26. c) Die Beseitigung der Wirkung 61
§ 27. d) Ergebnis 64
4. Das Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Beweistermin.
A. Die Eidesabnahme vor dem Prozeßgericht.
§ 28. a) Gesetz und Schrifttum. 64
§ 29. b) Die Tatbestände 68
§ 30. c) Die Folge 69
§ 31. d) Die Beseitigung der Fiktion 72
§ 32. e) Ergebnis 79
§ 33. B. Die Eidesabnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter 79

Literaturverzeichnis.

I. Darstellungen.

Fitting: Der Reichs-Civilprozeß. 10. Aufl. 1900.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1912.

Langheineken: Der Urteilsanspruch. 1899.

Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. II. Bd. 1896.

Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.

II. Kommentare.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1913.

Neukamp: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1911.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

Petersen-Anger: Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1899.

v. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. 1910.

Skonietzki-Gelpcke: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. 1911.

Stein (Gaupp-Stein): Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 11. Auflage I. Bd. 1913.

Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1910.

Wilmowski-Levy: Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 4. Aufl. 1886.

III. Entscheidungssammlungen.

RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 11, 13, 16, 17, 18, 23, 25, 34, 35, 41, 42, 69.

Rspr.: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann). Bd. 3, 5, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 37, 41.

Seuff. Arch.: Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 43, 46, 47.

Warn. Rspr.: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband 1907/08. 1908/09. 1910/11.

IV. Zeitschriften.

Bad. Ann.: Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte (Stoeßer). Bd. 59, 70.

Bad. R. Pr.: Badische Rechtspraxis. Bd. 6 (1904).

DJZ.: Deutsche Juristenzeitung (Laband-Stenglein-Staub). Bd. 3, 6.

JW.: Juristische Wochenschrift (Neumann). Jahrg. 1899, 1902, 1912.

Gruch. Beitr.: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 38.

Grünhuts Z.: Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 7.

Krit. V.-Schr.: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Brinz-Pözl). Bd. 22.

Recht: „Das Recht" (Soergel). Bd. 4, 11, 13, 17, 22, 26.

ArchzivPrax.: Archiv für die zivilistische Praxis (Heck-Rümelin-Wendt). Bd. 62, 63, 64, 102, 117.

ZZpr.: Zeitschr. für den deutschen Zivilprozeß (Busch). Bd. 15, 17, 18, 24, 26, 28, 31, 32, 40.

V. Aufsätze.

Auerbach: Bedenken zur abgeänderten Civilprozeßordnung, in JW. 1899, 467 f.

Brettner: Die Schwurversäumnis nach der abgeänderten Civilprozeßordnung. ZZpr. 26, 355 ff.

Bülow: Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, ArchzivPrax. 62, 1ff.

H. A. Fischer: Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft, ArchzivPrax. 117, 143ff.

Hergenhahn: Das Verfahren zur Erledigung eines bedingten Endurtheils. ZZpr. 15, 1ff.

Kroschel: Die Eidesversäumnis nach §§ 465ff. der CPO. ZZpr. 28, 121ff.

Meyer: Wiedereinsetzung bei Schwurversäumnis, ZZpr. 28, 311ff.

Osterrieth: Die Voraussetzungen für den Lauf der Notfrist des § 466 CPO. in JW. 1902, 388f.

Rönnberg: Eidesabnahme, Eidesnorm und Eidesbeweis, ZZpr. 28, 79ff.

Schönfeld: Nach welchem Rechte ist gegenwärtig die Folge zu bestimmen, wenn die Säumnis des Schwurpflichtigen vor dem 1. Januar 1900 stattgefunden hat. „Recht" 4, 139ff.

Schwabe: Die Beweisfolgen der Verweigerung eines Schiedseids. ZZpr. 40, 469ff.

Schwalbach: Die Proceßvorraussetzungen im Reichscivilproceß, ArchzivPrax. 63, 390ff.

Stein: Novelle zur Civilproceßordnung, ZZpr. 24, 209ff.

Wach: Praeclusion und Contumaz, Grünhuts Z. 7, 130ff.

Walsmann: Der Irrtum im Prozeßrecht, ArchzivPrax. 102, 1ff.

Einleitung.

§ 1. Die Aufgabe.

I. Die Zivilprozeßordnung gibt dem Titel, in dem sie den Parteieid regelt, die Überschrift „Beweis durch Eid". Mit diesen Worten kennzeichnet sie sein Wesen. Er ist ein Beweismittel, ein Mittel zur Herstellung der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache.

Unter den Beweismitteln nimmt der Parteieid eine gesonderte Stellung ein. Er ist für die beweisbelastete Partei bestimmt, die mit der Geltendmachung anderer Beweise nicht zum Ziel, der Überzeugung des Richters, gelangt oder Beweismittel überhaupt nicht zur Verfügung hat. Ein letzter Ausweg soll ihr geboten werden. An die Gewissenhaftigkeit des Gegners kann sie sich wenden. Jeder anständige Mensch wird, so vermutet das Gesetz, einen Eid nur dann schwören, wenn die zu beschwörende Tatsache der Wahrheit entspricht. Den Leichtfertigen jedoch werden in der Regel die Strafbestimmungen zur rechten Aussage bringen. Die Glaubwürdigkeit einer solchen subjektiven Darstellung mag zu bezweifeln sein. Immerhin ist dieser letzte Notbehelf, der auf einem glücklichen Zufall, der moralischen Qualität des Gegners, aufgebaut ist, besser für den Beweisbelasteten als ein Fehlen jeglicher Beweismittel, als ein für ihn unglücklicher Ausgang des Prozesses.

Aus dem Wesen des Eides ergeben sich die beiden Möglichkeiten: der Eid wird geleistet oder nicht geleistet. Meist wird der Gegner zur Leistung bereit sein. Das Gesetz hat diesen Normalfall genügend berücksichtigt. Wie steht es nun aber, wenn der Gegner den Eid nicht leisten will und

dies zum Ausdruck bringt? Wie, wenn er keine von den sich bietenden Möglichkeiten wählt? Diese Fälle, in denen er weder den Eid annimmt und schwört noch ihn zurückschiebt, sind dem Begriff der Eidesverweigerung unterzuordnen. Denn an alle knüpft sich die gleiche für den Gegner nachteilige Folge. Hier indessen versagt das Gesetz. Es erwähnt diese verschiedensten Möglichkeiten entweder garnicht, oder die Regelung bleibt meist nur eine unvollständige. Daher haben sich eine Reihe von Unklarheiten und Streitfragen ergeben, die Rechtsprechung und Schrifttum beherrschen. Diese Mängel durch eine scharfe Unterscheidung der einzelnen Fälle im Tatbestand und in den übrigen Rechtsfolgen möglichst zu beseitigen, soll die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein.

II. Es gibt fünf Hauptfälle einer Eidesverweigerung, die sich gesondert betrachten lassen. Natürlich ist diese niemals an eine bestimmte Form gebunden. Innerhalb der zwischen den Hauptfällen gezogenen Grenzen tritt uns eine Fülle von Möglichkeiten entgegen. Aber jeder eine Eidesverweigerung enthaltende oder ihre Wirkung erzeugende Tatbestand läßt sich einem der Hauptfälle unterordnen. Um diese — vorläufig wenigstens — auseinanderhalten zu können, muß man den Normalfall, die Leistung des Eides, in seine einzelnen Abschnitte zerlegen und sich klarmachen, wann überhaupt das Verhalten des Schwurpflichtigen ein für ihn ungünstiges Abbiegen von dem regelmäßigen Gleise bedingen kann.

Der regelmäßige Eidesbeweis zerfällt in fünf Abschnitte: Der Beweisbelastete (Deferent) schiebt den Eid dem Gegner (Delat) zu — dieser nimmt den Eid an — das Gericht erläßt das bedingte Endurteil (Eidesurteil) oder einen Beweisbeschluß (Eidesbeschluß) — der Schwurpflichtige schwört den Eid — das Gericht erläßt das Läuterungsurteil, oder die Verhandlung nimmt auf Grund des geleisteten Eides ihren Fortgang.

Der zweite und vierte Abschnitt enthalten eine Tätigkeit des Delaten, geben ihm eine Möglichkeit zur Willensäußerung. Nur hier kann sein der Eidesleistung entgegen-

stehender Wille die ungünstigen Folgen der Eidesverweigerung zeitigen. Vor der Auferlegung des Eides durch eine Entscheidung geschieht es durch ausdrückliche Verweigerung (Erster Fall). Auch eine Nichterklärung (Zweiter Fall) oder dieser gleichgestellt eine unzulässige Erklärung (Dritter Fall) können dieselbe Wirkung nach sich ziehen. Ist der Eid bereits dem Delaten auferlegt, so kann die Leistung des Eides ausdrücklich verweigert werden (Vierter Fall). Endlich ergibt ein Ausbleiben im Schwurtermin den fünften Hauptfall einer Eidesverweigerung.

Der Weg, der zur Lösung der Aufgabe führt, ist damit vorgezeichnet. Die Verschiedenheit der Voraussetzungen einer Eidesverweigerung vor und nach Auferlegung des Eides durch eine Entscheidung berechtigt zu dieser zeitlichen Einteilung. Beide Abschnitte enthalten ihrerseits Fälle, in denen die Eidesverweigerung zum Ausdruck gebracht wird, und Fälle, in denen die Wirkung der Eidesverweigerung deshalb eintritt, weil es an einem zweckmäßigen Handeln fehlt. Von diesem Gesichtspunkt aus wird sich eine Unterteilung empfehlen.

Erstes Kapitel.

Die Eidesverweigerung vor Auferlegung des Eides durch eine Entscheidung.

§ 2. 1 Die Voraussetzungen.

I. Der zweite Abschnitt des Regelverfahrens bietet Raum für ein Tätigwerden des Delaten. Sein Eingreifen setzt den ordnungsmäßigen Verlauf des ersten Abschnittes voraus. Der Deferent muß dem Delaten den Eid zugeschoben haben, diese Zuschiebung muß zulässig gewesen sein. Insbesondere muß sich der Eid auf Tatsachen beziehen, die in Handlungen des Delaten, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind (§ 445). Die genannten Beschränkungen fallen bei einer Einigung der Parteien und auf Anordnung des Gerichts nach § 450 mit der Ausnahme fort, daß sich der Eid stets — moderner Anschauung entsprechend — auf Tatsachen beziehen muß. Unzulässig ist ferner die Eideszuschiebung über Tatsachen, die von Amtswegen zu prüfen sind[1]) und in einer Reihe von gesetzlich bestimmten Fällen. (§§ 294 I, 446, 581 II, 617 II, 617 III, 640 I, 641 I, 670, 679 IV, 684 IV, 686 IV, 975.)

II. Eine weitere Voraussetzung der Eideserklärung kann ferner eine auf die Zuschiebung folgende zulässige Zurückschiebung des Eides bilden. Es legt gewissermaßen der Delat = Referent einen neuen Abschnitt dadurch ein, daß er die Eidesleistung der Gewissenhaftigkeit des Deferenten = Relaten überläßt. Hier wird der Deferent in die ursprüng-Relaten überläßt. Hier wird der Deferent in die ursprüng-

[1]) v. Seuffert, § 445,4.

liche Lage des Delaten versetzt, sein Verhalten wird jetzt für den weiteren Verlauf des Beweisverfahrens und überhaupt des ganzen Prozesses ausschlaggebend. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Zurückschiebung wird zweckmäßig später zu behandeln sein. Denn gerade die unzulässige Zurückschiebung bildet einen Hauptfall der Eidesverweigerung und erfordert deshalb eine gesonderte Betrachtung.

III. Mit erfolgter zulässiger Zuschiebung oder Zurückschiebung hat ein Abschnitt des Eidesbeweises wie auch der mündlichen Verhandlung seinen Abschluß gefunden. Diese tritt in ein neues Stadium ein. Dem Gegner wird die Möglichkeit geboten, sich zu dem Eidesbeweis zu äußern.

2. Die Eideserklärung.

§ 3. a) Die rechtliche Stellung des Delaten.

Ehe wir nun aber die Scheidungslinie zwischen den einzelnen Fällen, der Nichtannahme und der Nichterklärung wie der unzulässigen Erklärung, ziehen, bedarf die Frage nach dem Grunde dieser Trennung einer Antwort. Eine solche Scheidung erübrigt sich, wenn diese Tatbestände von gleichem rechtlichen Wert wären. Legt ihnen aber das Gesetz eine verschiedene rechtliche Bedeutung bei, dann hat die Untersuchung ihre Berechtigung. Das Gemeinsame aller Fälle ist das Verhalten des Delaten. Ihre verschiedene rechtliche Qualität ist also nur zu finden, wenn man in der Lage ist, das Verhalten des Delaten überhaupt rechtlich zu werten.

Grundlegend für die vorliegende Arbeit ist somit eine Untersuchung der Stellung des Delaten. Erst wenn diese festgelegt ist, kann man deduktiv das konkrete Verhalten, aus dem sich eine Eidesverweigerung ergibt, würdigen. Die rechtliche Stellung einer Person festlegen heißt die Rechtsbeziehungen suchen, die sie mit anderen gleichgeordneten oder übergeordneten Rechtssubjekten verbinden. Eine Rechtsbeziehung, ein rechtliches Band, bindet stets den einen Beteiligten an die Gegenseite, verpflichtet ihn dieser gegenüber zu einem bestimmten Verhalten. Einer solchen Rechtspflicht eigentümlich ist ferner, daß das dem

Gebundenen obliegende Verhalten auch gegen seinen Willen zwangsweise herbeigeführt werden kann. Läßt sich nun im Zeitpunkt der Zuschiebung ein dem Delaten obliegendes erzwingbares Verhalten erkennen?

Diese Frage deutet § 452 I an, aber er löst sie nicht. Er bestimmt: „Die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, hat sich zu erklären, ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe". Die zweideutige Fassung „hat sich zu erklären" macht es unmöglich, eine Rechtspflicht in dem entwickelten Sinne abzuleiten. Man kann annehmen, daß die Partei zur Erklärung verpflichtet sei — ebenso wie der Zeuge seiner Aussagepflicht nachzukommen habe. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann man aber auch zur Ablehnung einer Erklärungspflicht gelangen. Die Partei habe nur die Möglichkeit, die gegnerische unter Eid gestellte Behauptung durch Annahme des Eides zu einer beweisbedürftigen zu machen. Man stelle sich die günstige Lage des Delaten vor, in die ihn die Zuschiebung bringt, wird hier gesagt. Er erhält das wichtige Recht, den Eid anzunehmen. Aber er ist nicht einmal auf dieses eine Recht beschränkt. Statt den Eid anzunehmen, kann er es dem Gegner überlassen, seine Behauptungen selber zu bebeschwören. — Wie peinlich, wendet die Gegenansicht ein, ist die Zuschiebung für den Delaten. Wenn er nicht unterliegen will, sieht er sich gezwungen, den Eid zu leisten, obschon er seiner Sache nicht ganz sicher ist, oder ihn einem gewissenlosen Gegner anzuvertrauen.

Es ist festzustellen, daß es auf solche subjektiven Erwägungen, auf die durch die Zuschiebung erzeugten Gefühle der Lust oder Unlust nicht ankommen kann. Die kasuistische Begründung beider Ansichten, die stets gewisse Fälle mit Stillschweigen übergehen muß, deckt den Fehler auf. Ob der Delat von der Zuschiebung angenehm berührt, ob er von ihr weniger entzückt ist, das kann an den verschiedensten Umständen liegen. Entscheidend ist die konkrete Sachlage, keineswegs aber die Frage, ob eine Pflicht oder ob nur ein Recht zur Erklärung besteht. Auch die Ausübung eines Rechtes wird zuweilen als lästig empfunden, wie man einer Pflicht gern nachkommen kann.

§ 4. b) Der Begriff der Rechtspflicht.

Wollen wir zu einem Ergebnis bei der Untersuchung der Stellung des Delaten gelangen, so heißt es tiefer einzudringen. Es gilt von dem Begriff der Rechtspflicht auszugehen. Kann von dem Delaten ein Verhalten gefordert, kann es mit Gewalt durchgesetzt werden?

I. Eine reiche Literatur besteht über diese Frage[2]). Mag auch der Streit in den letzten Jahren eingeschlafen sein, mögen manche Kommentare ihn als rein theoretisch[3]), überflüssig und veraltet bezeichnen, zu umgehen ist er für die vorliegende Arbeit nicht. Wir müssen deshalb hier auf zwei Aufsätze eingehen, die den Stein ins Rollen brachten. Auch wenn sie älteren Datums sind, werden sie uns gute Dienste erweisen. Beide gehen am gründlichsten ein auf den Begriff einer zivilprozessualischen Pflicht, d. h. genauer: einer Pflicht innerhalb des Gebietes der auf Herstellung gerichtlicher Rechtsgewißheit abzielenden Parteitätigkeit, und was besonders uns angeht, auf den Begriff einer Eideserklärungspflicht.

1. Verneint wird das Vorhandensein von Parteipflichten überhaupt von Bülow in seiner Abhandlung: Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten[4]). Mit dieser radikalen Beseitigung fällt auch der Begriff einer Pflichtwidrigkeit, der Begriff der Kontumaz. Vielmehr ist alle Parteihandlung nur Ausübung eines Rechts — versäumt die Partei, das Recht auszuüben, so ist die Folge Rechtsverwirkung, ist Präklusion. „Für alle Parteihandlungen, welche in das Prozeßverhältnis (iudicium) fallen und zu seiner Einleitung gehören, für die gesammte Partheitätigkeit von der Klageerhebung bis zum rechtskräftigen oder mit Vollstreckbarkeitsklausel versehenen Endurtheil besteht ein und dasselbe schlichte, sehr leicht verständliche und leicht zu handhabende Princip, das Rechtsverwirkungsprincip (Praeclusionsprincip)“[5]). Also gibt es auch keine Erklärungspflicht des Delaten.

---

[2]) Angegeben bei Stein, § 138 I; v. Seuffert, § 138,1.
[3]) z. B. Stein, § 138 I.
[4]) ArchzivPrax. 62,1 ff.
[5]) ArchzivPrax. 62,59 f.

2. Die gegenteilige Ansicht wird von Wach vertreten in „Praeclusion und Contumaz“[6]). Wach sucht die Gedankengänge Bülows zu widerlegen. Er gelangt zu dem entgegengesetzten Standpunkt. Das gesetzliche Parteiverhalten ist teils Rechtsausübung, teils Pflichterfüllung. Einen Prozeß ohne Parteipflicht gibt es nicht. Neben der Rechtsverwirkung steht der Pflichterfüllungszwang. Im Falle der Eideszuschiebung besteht die Erklärungspflicht des Delaten.

3. So stehen sich Wachs und Bülows Ansicht gegenüber, schroff und unvereinbar. Hie Rechtsverwirkung, hie Pflichterfüllungszwang, dieser Gegensatz beherrscht die weitere Literatur. Stets greift diese auf die beiden Aufsätze zurück. Eine dritte Meinung, die von einer Erklärungslast des Delaten spricht[7]), umschreibt die Stellung des Delaten eher als daß sie eine Erklärung gibt. Und doch, wenn man den Ausführungen nachgeht, zeigt es sich, daß jene beiden Ansichten von einer verschiedenen Auffassung des Pflichtbegriffes ausgehend im Grunde nicht im Gegensatz zu einander stehen.

II. Man kann den Begriff der Rechtspflicht verschieden weit fassen. Bülow beschränkt sich auf die eine Gruppe von Pflichten, die von dem Verpflichteten eine Willensbetätigung verlangen, ihm ein Tun oder ein Unterlassen auferlegen. Die Nichterfüllung dieser Pflicht, die Unterlassung der Willensbetätigung, veranlaßt den Staat, in fühlbarer Weise auf den Säumigen einzuwirken, einen Druck auf ihn auszuüben, damit der Verpflichtete selbst tätig werde oder sein Tun unterlasse. Gewiß kennt gerade das modernste Prozeßrecht Parteipflichten dieser Art. Zu erinnern ist an die Erscheinungspflicht der Parteien, die die Novelle vom 13. Mai 1924 im § 141 gebracht hat. Der Erfüllungszwang besteht in einer Einwirkung auf den Willen durch Verhängung von Strafen.

III. Das heutige Prozeßrecht verlangt jedoch im allgemeinen keine Willensbetätigung der Parteien. Die Macht des Staates steht nach moderner Auffassung zu hoch, als

---

[6]) Grünhuts Z. 7,130 ff.
[7]) z. B. Stein, § 138 I — Förster-Kann, § 138,1.

daß dieser erst auf die Einzelperson einzuwirken braucht, damit sie ihrerseits ihren Willen betätigt. Der Staat kann ohne Willensbetätigung des Einzelnen Rechtssicherheit schaffen. Der Staat handelt, der Einzelne hat den Eingriff zu dulden. Den Verpflichtungen, gewisse Handlungen zu bewirken, stehen diese Pflichten, Handlungen des Staates zu dulden, gegenüber.

Wenn aber der Verpflichtete sich gegen die Erfüllung solcher Pflichten auflehnt, stehen dem Staat Zwangsmittel zur Verfügung, weit wirksamer noch als der Druck, den er auf den Einzelwillen auszuüben vermag. Seine Rechtsmachtbewährung findet ihren Ausdruck in einer Reihe von prozessualen Bindemitteln, die den Nichtgefügigen erbarmungslos ergreifen. Diese Fesseln können reale sein. Der zu einer Freiheitsstrafe Verurteilte ist verpflichtet, die Vollstreckung über sich ergehen zu lassen. Wandert er nicht freiwillig in das Gefängnis, so bringt ihn äußere Gewalt hinein. Sobald die Strafe vollstreckt ist, der Verurteilte seine Zeit abgesessen hat, ist seine Pflicht erfüllt.

Doch auch rein gedachte Fesseln genügen, um den Staatswillen durchzusetzen. Der Staat braucht nur die Person als physisches Objekt, ihren Körper, um ihr diese ideellen Fesseln anzulegen. Er behandelt sie einfach wie eine andere Person, die ihre Pflicht selbst erfüllt hat, und wendet bei dieser Behandlung Mittel an, durch die das staatliche Wollen, Rechtssicherheit zu schaffen, zum Ziel gelangt. Das Prozeßrecht kennt als ein solches Zwangsmittel die Fiktion. An das Verhalten des Säumigen werden dieselben Rechtswirkungen geknüpft wie an ein für eine nichtsäumige Partei ungünstiges Verhalten. Einer solchen Wirkung kann niemand, der nicht freiwillig seine Pflicht erfüllt, entrinnen. Der entgegenstehende Wille des Betreffenden ist für den Staat unerheblich.

Ob man in diesen Fällen besser von Lasten spricht (Erklärungslast), ist eine Zweckmäßigkeitsfrage. Ein solcher Ausdruck gibt gewiß eine treffende Charakterisierung der entstandenen Rechtslage. Er besagt, daß an passives oder unzulässiges Verhalten Nachteile geknüpft werden sollen. Aber nennt er auch den Grund, weshalb diese Versäumnisfolge ein-

tritt? So steht m. E. nichts im Wege, von Lasten zu reden, wenn man die betreffende Rechtslage kurz umschreiben will. Will man sie aber erklären, dann ist es nicht möglich, den Pflichtbegriff fallen zu lassen. Seine beiden Merkmale: gefordertes Verhalten und Erzwingbarkeit werden stets vorhanden sein.

IV .Wir fassen als Ergebnis zusammen: Rechtspflichten erfordern teils eine Willensbetätigung des Verpflichteten, teils verlangen sie nur, daß dieser gewisse fremde Eingriffe über sich ergehen läßt. Der an die Nichterfüllung geknüpfte Erfüllungszwang ist nach der Beschaffenheit der Pflicht ein verschiedener. Bei einer Leistungspflicht besteht er in einem Einwirken auf den Willen, bei einer Duldungspflicht in der Anlegung von realen oder ideellen Fesseln.

Sinnlos ist nach dem Gesagten, die Fiktion als Erfüllungszwang einer nicht erfüllten Betätigungspflicht anzusehen. Bülow weist auf diesen Fehler hin. Man ließe eine Erklärungspflicht des Delaten bestehen. Schweige er bei der Eideszuschiebung, verletze er also seine Erklärungspflicht, so gelte trotzdem die Erklärung als abgegeben, seine Pflicht als erfüllt. Das wäre ebenso unsinnig wie wenn man bei einer Wahlschuld, bei der Leistungspflichtige die Wahl zu treffen hat und sie nicht vornimmt, sagen wollte: er hat zwar seine Pflicht nicht erfüllt, er wird aber so behandelt, als ob er eine Leistung, etwa die lästigere, bewirkt hätte (!)[8]). Oder um ein noch einfacheres Beispiel zu geben: Es werde fingiert, daß der nicht leistende Schuldner die Leistung bewirkt habe. Es ist keine Pflicht, was als erfüllt fingiert werden kann, wenn es nicht erfüllt ist.

§ 5. c) Ablehnung einer Erklärungspflicht.

Es ist Wachs Verdienst, daß er die einzelnen Parteipflichten im Zivilprozeß nachzuweisen versucht und gezeigt hat, wie sie gewöhnlich als Duldungspflichten aufzufassen sind. Zu einem befriedigenden Ergebnis hinsichtlich einer Pflicht des Delaten ist es leider nicht gelangt. Er konstruiert eine Erklärungspflicht des Delaten (!)[9]). Aus dem

[8]) ArchzivPrax. a. a. O. 33.

Gesagten folgt aber, daß eine solche Leistungspflicht Zwangsmittel, die auf den Willen des Delaten einwirken, erfordern würde. Diese Mittel nennt die Zivilprozeßordnung nicht. Nur die Fiktion im § 452 II ist vorhanden. Wollte man aus deren Vorhandensein eine Erklärungspflicht konstruieren, so stoßen wir sofort auf Bülows berechtigten Einwand: Es ist keine Pflicht, was als erfüllt angesehen wird, wenn es nicht erfüllt wird. Man denke noch einmal an den Schuldner, der nicht leistet. Nie und nimmer wird man sagen können: er hat zwar nicht geliefert, aber die Lieferung wird als erfolgt, seine Pflicht als erfüllt angesehen.

Wach weist diesen Einwand zwar zurück: nicht werde angenommen, der Delat habe seine Pflicht erfüllt. Es werde vielmehr angenommen, er habe den Eid verweigert[10]). Diese Wach'sche Rechtfertigung kann jedoch nur in dem Sinne auszulegen sein: Der Delat habe erklärt, er wolle den Eid nicht annehmen. Es wird also eine Erklärung fingiert. Erklärung aber bedeutet Pflichterfüllung. Also wird auch, obwohl er nicht erfüllt hat, seine Pflicht als erfüllt fingiert. Man kommt auf diesem Wege nicht weiter, wenn man nicht immer wieder auf den Bülow'schen Einwand stoßen will. Die Ableitung einer „Erklärungspflicht" scheitert also an der Fiktion im § 452 II.

§ 6. d) Die Pflicht des Delaten, die Folgen der Zuschiebung zu dulden.

I. Ohne die Annahme einer Pflicht ist jedoch nicht auszukommen. Gäbe die Eideszuschiebung nur Rechte, so müßte der Delat in der Lage sein, mit verbindlichem Dank für die freundliche Zuschiebung zu erklären, er wolle von dem zugeschobenen Eide keinen Gebrauch machen, ohne daß eine solche Erklärung irgendwelche ungünstige Folgen für ihn hätte. Denn beneficia non obtruduntur. Wie sollte es damit vereinbar sein, daß der Delat durch Nichtgebrauch, durch passives Verhalten sein alternatives Bestreitungsrecht verlieren könne? Die Eideszuschiebung muß mehr als die

[9]) Grünhuts Z. a. a. O. S. 164.
[10]) Grünhuts Z. a. a. O. S. 165.

Gewährung von Rechten bedeuten. Man wollte auch den Deferenten, so wurde in der Einleitung gezeigt, günstiger stellen: er soll vom Beweise entlastet werden. Das kann nicht ohne Einfluß auf die Stellung des Delaten sein; seine Lage muß ungünstiger werden, als sie vor der Zuschiebung war. Er gerät in das Eidesverfahren hinein, nimmt an der Beweisführung teil, die vorher allein Aufgabe des Gegners war. Das bedeutet, so können wir fortfahren, Zwang. Auch wenn der Delat widerstrebt, führt stets das Gericht eine Zwangslage herbei. Dieser Zwang setzt aber, und das ist das Entscheidende, eine Pflicht voraus, wenn er nicht rechtswidrig sein soll. Wie der Satz gilt: Wo Pflicht, da Zwang, so muß es auch umgekehrt lauten: Wo Zwang, da Pflicht. Man hüte sich vor unrichtigen Schlüssen, wie sie sich in der erwähnten Literatur finden. Dort wird an das Beispiel der Spezifikation erinnert[11]). Die Rechtsfolge des Eigentumsüberganges träte ein. Eine Pflicht zur Eigentumsübertragung bestehe aber nicht. Und doch ergibt sich auch hier eine Pflicht, die für die Rechtsfolge die Voraussetzung bildet. Zwar ist niemand verpflichtet, vor der Verabeitung das Eigentum zu übertragen. Es besteht aber trotzdem eine Pflicht, und sie tritt in dem Augenblick der Spezifikation in Erscheinung: eine Pflicht, die Rechtswirkungen, die das Gesetz an einen solchen Vorgang knüpft, zu dulden. Ebenso ist es in unserem Falle. Der Zwang, den das Gericht gegen den Delaten ausübt, setzt eine Pflicht voraus: eine Pflicht, diese gerichtliche Tätigkeit zu erdulden.

Ziehen wir die letzte Folgerung aus der Zwangslage, so gelangen wir zu einer öffentlichrechtlichen Pflicht gegenüber dem Staat als Träger der gerichtsbarkeitlichen Tätigkeit, die rechtlichen Wirkungen der Zuschiebung erdulden zu müssen. Dem Delaten steht es frei, seine Pflicht selbst zu erfüllen; er kann eine Erklärung abgeben, aus der sich sein Einverständnis mit dem Eidesverfahren ergibt. Tut er dies nicht, dann liegt Kontumaz vor. Pflichterfüllungszwang

[11]) Kohler, Krit. V.-Schr. 22, S. 362.

muß eingreifen. Durch Anwendung einer Fiktion wird die Erfüllung der Pflicht erzwungen.

II. Das ist m. E. die moderne Auffassung, die als das Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung anzusehen ist. Im römischen Recht gab es für das iusiurandum in iure delatum eine Erklärungspflicht des Delaten. „Eum, a quo iusiurandum petitur, solvere aut iurare cogam", verkündete der Prätor. Das germanische Fühlen sträubte sich gegen die Rezeption dieser Auffassung des „iurare cogam". Es lag dem Deutschen der Gedanke fern, daß man jemand den Eid aufzwingen könnte. So stellte sich auch die kirchliche Gesetzgebung; man konnte nach ihr den Eid voraussetzungslos ablehnen, die ganze Beweisführung unmöglich machen. Die zivilistische Theorie verteidigte die römische Auffassung. Es kam zu Kämpfen bis in das 16. Jahrhundert hinein. Der romanistische Gedanke des Zwanges, der Pflicht, behielt, wenn auch in veränderter Form, die Oberhand gegen christlich-germanische Anschauungen. „Welchen Sinn hätte all' dies Streiten um die Recusationsvoraussetzungen, wenn die Delation nur Recht gegeben hätte, wenn die Geständnisfolge nur als Praeclusionsfolge zu denken gewesen wäre?"[12])

III. Und endlich mag als ein letzter Beweis der Standpunkt der Gegenmeinung herangezogen werden. Es sei die Frage aufgeworfen, wie die Gegenmeinung, die eine Pflicht des Delaten ablehnt, die Zwangslage auffaßt. Gegen diese kann auch sie die Augen nicht verschließen. Die Antwort wird in der auf Bülows Aufsatz fußenden Literatur gegeben. Der Prozeß ist ein Organismus, dem jeder unterworfen ist, sagt Kohler[13]). Oder, wie es bei Schwalbach[14]) heißt: Pflichten kennt das Gesetz nicht. Die eigentümliche Lage ergibt sich aber aus der allgemeinen „Gesetzes- und Gerichtsunterworfenheit" der Parteien. Also besteht, können wir interpretieren, das Recht der Gerichte, von den Parteien das Dulden gewisser gerichtlicher Tätigkeiten zu verlangen und womöglich den Widerstand mit Zwang zu brechen. Dem entspricht die

[12]) Wach, Grünhuts Z. a. a. O. S. 168.
[13]) Krit. V.-Schr. 22,367.
[14]) ArchzivPrax. 63,398.

Pflicht der Parteien, gewisse gerichtliche Handlungen zu dulden. Ob man die Pflicht als eine allgemeine Gerichtspflicht auffaßt, die in einzelnen Fällen in Erscheinung tritt, oder sie in eine Reihe von Einzelverpflichtungen zerlegt, ist ein Streit um Worte.

§ 7. e) Die Nachteile der Fiktion.

Es ist kurz der Gefahren zu gedenken, die eine verkehrte Anwendung der Fiktion mit sich bringt. Fiktion bedeutet: Anknüpfung gleicher Rechtswirkungen an zwei verschiedene Tatbestände. Ihr Gebrauch ist als Mittel einer einfachen und klaren Gesetzesfassung unentbehrlich. Es entstehen jedoch für die Wissenschaft nach zwei Seiten hin Nachteile:

1. Einmal geht oft aus dem Gesetz nicht hervor, wie weit sich die Rechtswirkungen des einen Tatbestandes mit denen des anderen decken. Das Gesetz kann zwei Tatbestände gleich bewerten. Beide haben dann alle Rechtswirkungen gemeinsam. Oder ihm erscheinen die beiden Tatbestände trotz ihrer rechtlichen Verschiedenheit in gewisser Hinsicht so ähnlich, daß es ausnahmsweise einen bestimmten Kreis von Rechtsfolgen mit beiden verbindet. Sache der wissenschaftlichen Auslegung ist es, die Frage der Kongruenz der Rechtswirkungen zu klären.

2. Die andere Gefahr liegt in einem Übersehen der Verschiedenheit des Tatbestandes. Bülow betont etwas einseitig diesen Nachteil. Der Gesetzgeber will mit der Fiktion erreichen, daß eine gleiche Rechtsfolge an zwei verschiedene Tatsachen geknüpft werden soll, daß diese hinsichtlich jener Rechtswirkung gleich behandelt werden sollen. Deshalb können aber die beiden Tatbestände niemals gleich sein. Schweigen und ausdrückliche Verweigerung sind etwas ganz verschiedenes. Sie bleiben es, selbst wenn dieselbe Rechtsfolge sich an beide knüpft. Die wissenschaftliche Fiktion ist eine Selbsttäuschung, ist eine „Bankrotterklärung der Wissenschaft“[15]), wenn Tatsachen, die in Wirklichkeit nicht vorhanden sind, für die Welt des Rechts doch vorhanden sein

---

[15]) ArchzivPrax. a. a. O. S. 7.

sollen. Dieser verderbliche Einfluß ist nach Bülow der Hauptgrund, daß man überhaupt im modernen Prozeß noch Parteipflichten annahm. Der Wechsel in den Anschauungen, der durch den Untergang der römischrechtlichen Parteipflichten erfolgte, wäre durch eine Fiktion verdeckt worden. Man hätte beispielsweise nicht gesehen, daß die römischrechtliche Erklärungspflicht des Delaten nicht mehr bestand. Anstatt dies offen auszusprechen, hätte man sie beibehalten; im Fall der Nichterfüllung, des Schweigens, fingierte man ihre Erfüllung, die Erklärung. Wegen dieses verderblichen Einflusses müsse die Fiktion aus der wissenschaftlichen Betrachtung verschwinden.

Diese radikalen Folgerungen braucht man jedoch aus den Nachteilen der Fiktion nicht zu ziehen. Ungleiche Tatbestände können gleiche Rechtswirkungen erzeugen. Betrachtet man die Ursachen lediglich vom Standpunkt der Wirkung aus, dann verschmelzen sie trotz ihrer Verschiedenheit zu einer Einheit. Ist dazu noch die eine Gruppe von Tatbeständen das Normale, das weitmehr in Erscheinung Tretende, so ist es geradezu geboten, an dieses anzuknüpfen. Hier bedarf man der Fiktion. Ungleiches gleich zu setzen wegen Gemeinsamkeit mancher Wirkungen ist ihr Sinn. Ungleichheit ist dabei möglichst auf Kosten des Anomalen zu beseitigen. Zwar läßt sich nie der Unterschied der realen Vorgänge ausmerzen. Der Rechtswelt als Gedankenwelt jedoch steht es frei, trotz Verschiedenheit ihrer Substrate diese völlig oder zum Teil gleich zu bewerten[16]). „Es steht nichts im Wege, daß das Recht dieselben Wirkungen an verschiedene Thatbestände anknüpft, weil es deren Verschiedenheit mit Beziehung auf diese Wirkungen nicht für wesentlich erachtet. Können wir in solchem Falle den Normalthatbestand sondern von dem anderen, welcher, obschon jenem ungleich, doch ihm gleich wirken soll, dann steht nichts im Wege, den den normalen Fall deckenden Begriff auf den abnormen mit anzuwenden“[17]). Wie man den Begriff „Inland“ auf die Küstengewässer ausdehnen kann,

[16]) H. A. Fischer, ArchzivPrax. 117,151—54.

[17]) Wach, in Grünhuts Z. a. a. O. S. 133.

so ist es auch zulässig, mit Rücksicht auf die gleiche Wirkung, die das Recht an eine ausdrückliche Verweigerung des Eides wie an eine Nichterklärung knüpft, unter Verweigerung auch das Schweigen zu verstehen. Die Rücksicht auf die gleiche Rechtswirkung beider Vorgänge verlangt eine Zusammenfassung. Dabei ist wegen der Überlegenheit der ausdrücklichen Verweigerung die Anwendung dieser Bezeichnung das Gegebene; im Falle des Anomalen, des Schweigens, darf man an die Verweigerung als den Normalfall anknüpfen und auch hier von einem Falle der Eidesverweigerung sprechen. „Gewiß hat man sich der Fiction als solcher bewußt zu halten und unvorsichtige Folgerungen zu vermeiden, welche dem Rechte entgegenstehen. Bewahrt man diese Sorgfalt, dann ist die Furcht und Flucht vor der dogmatischen Fiction nahezu ebenso wenig gerechtfertigt, wie der mit Recht gerügte Mißbrauch der übertragenen Vorstellung[18])."

§ 8. f) Ergebnis.

Als Ergebnis ist festzuhalten:

I. Eine Erklärungspflicht des Delaten gibt es nicht. Eine Pflicht des Delaten besteht nur als eine Pflicht zum Dulden. Ihm wird die Delatenrolle aufgezwungen, er mag wollen oder nicht. Nimmt er sie freiwillig auf sich, so erübrigt sich jeglicher Zwang. Sagt der Delat aber nein oder garnichts, dann knüpft der Richter trotzdem an sein Verhalten gewisse Rechtsfolgen. In diesem Fall ist die Pflicht gleichfalls erfüllt. Stets gilt der Grundsatz: Nicht die Pflicht wird als erfüllt fingiert, sondern die Anwendung der Fiktion bedeutet Pflichterfüllungszwang.

II. Auf dieser Grundlage kann man die Bülow'sche Lehre ausbauen. Erfüllt der Delat seine Pflicht selbst, bringt er sein Einverständnis, das Eidesverfahren auf sich zu nehmen, zum Ausdruck, so besitzt er eine Reihe Rechte. Er findet sich in der günstigen Lage, den Eid annehmen oder zurückschieben zu können; er kann auch auf den Eid ausdrücklich

---

[18]) Wach, in Grünhuts Z. a. a. O. S. 133. — Bülow in ArchzivPrax. 64,31 Anm.

verzichten. Dieser letzte Fall wird im Gesetz nicht erwähnt. Leider wird er deshalb von Wach und Bülow übergangen. Aber erst, wenn man ihn in die Betrachtung einschließt, wird das Bild von der Stellung des Delaten vollständig klar. Es bedeutet nämlich:

1. Annahmeerklärung: Pflichterfüllung durch den Delaten und Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts in dem Sinne, das Recht des Eidesgebrauchs selbst wahrzunehmen.

2. Zurückschiebung: Selbstpflichterfüllung und Ausübung des Wahlrechts in dem Sinne, das Recht des Eidesgebrauchs dem Deferenten zu überlassen.

3. Ausdrückliche Verweigerung: Selbstpflichterfüllung und Ausübung des Wahlrechts in dem Sinne, auf das Recht des Eidesgebrauchs zu verzichten.

4. Nichterklärung: Unterlassung der Pflichterfüllung, Kontumaz. Daher greift der richterliche Zwang ein: der Gegner des Deferenten wird als Delat behandelt, und zwar gelangt er in die rechtliche Stellung dessen, der selbst seine Pflicht erfüllt und auf sein Recht, den Eid zu gebrauchen, verzichtet hat.

III. Uns gehen die zwei letzten Fälle an. Beide sind rechtlich durchaus verschieden. Auf der einen Seite Pflichterfüllung — auf der anderen Nichterfüllung und Erfüllungszwang — so vertragen sie nicht eine gleiche Behandlung. Insbesondere muß wegen dieser rechtlichen Verschiedenheit und trotz der Fiktion, die an beide Fälle die Wirkung der Eidesverweigerung knüpft, eine Ungleichheit der übrigen Rechtswirkungen vorhanden sein. Daher ist unsere Aufgabe in den nächsten beiden Abschnitten, die sich mit diesen Fällen beschäftigen sollen, eine doppelte. Einmal gilt es, wie schon erwähnt, sie scharf von einander zu trennen, die Tatbestände des einen von denen des andern zu sondern. Zweitens müssen wir zeigen, daß beide Fälle eine verschiedene rechtliche Behandlung verlangen.

3. Die Annahmeverweigerung.

§ 9. a) Die mangelnde gesetzliche Regelung.

I. Wird ein Eid in zulässiger Weise zugeschoben, so hat der Delat sogleich die Möglichkeit, den Verlauf der gegnerischen Beweisführung zu seinen eigenen Ungunsten zu beeinflussen. Will er den Eid, gleichgültig aus welchem Grunde, nicht annehmen und sich den für ihn ungünstigen Folgen unterwerfen, so kann er sein Ziel mit der Erklärung erreichen: „Ich nehme den Eid nicht an". Wir wollen von vornherein diesen Fall als Annahmeverweigerung bezeichnen im Gegensatz zu der Unterlassung einer geeigneten Erklärung auf die Zuschiebung, die wir Erklärungsverweigerung nennen können. Mit der Bezeichnung „ausdrückliche Verweigerung" dagegen darf man nur vorsichtig umgehen; die Annahmeverweigerung braucht, wie wir bald sehen werden, keine ausdrückliche Erklärung zu sein.

II. Im Gesetz wird allerdings der Fall der Annahmeverweigerung nirgends erwähnt. § 452 spricht von den Möglichkeiten, die der Delat bei der Zuschiebung hat. Er braucht sich entweder überhaupt nicht zu erklären (§ 452 II). Im übrigen stellt § 452 I den Delaten vor die Alternative: „Die Partei hat sich zu erklären, ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe". Läßt das Gesetz nur diese beiden Möglichkeiten zu oder versteht es unter „annehme" sowohl eine positive wie negative Annahme, eine Annahmeverweigerung? Sicherlich hat der Gesetzgeber an eine weitere Fassung des Begriffes gedacht.

1. Um dies begründen zu können, muß man vom Wesen des Eidesbeweises ausgehen. In der Einleitung zeigten wir den Zweck der Eideszuschiebung. Es soll in die Hand des Delaten die Macht gelegt werden, den Erfolg der gegnerischen Beweisantretung und damit meist den Ausgang des Prozesses zu entscheiden. Nach § 464 II hat die Nichtleistung des auferlegten Eides die für den Delaten ungünstige Wirkung. Ist dieser sich aber schon von vornherein darüber klar, daß er den Eid nicht schwören will, so kann er schon bei der Zuschiebung, vor Erlaß einer richterlichen

Entscheidung, die Eidesverweigerung dadurch herbeiführen, daß er die Gegenerklärung unterläßt (§ 452 II). Hierdurch wird aber ein gewisser Schwebezustand herbeigeführt; eine nachträgliche Erklärung kann diesen jederzeit beseitigen. Es ist das Bedürfnis nach einer sofortigen und endgültigen Regelung vorhanden, wenn der Delat schon bei der Zuschiebung erklärt, den Eid nicht annehmen zu wollen. Es entsteht die Forderung, im Interesse einer übersichtlichen, raschen Prozeßführung diese seine Erklärung als prosessual relevant aufzufassen, ihm insbesondere einen beliebigen Widerruf zu erschweren und vor allem die unnötige Auferlegung des Eides zu vermeiden. Diese Forderung kann nur durch eine freie Auslegung des § 452 I erfüllt werden: wenn das Gesetz von einer Annahmeerklärung des Delaten spricht, so begreift es darunter stillschweigend den Fall der Annahmeverweigerung mit ein. Dies wird auch mit ganz wenigen Ausnahmen anerkannt. Eine Begründung für die Notwendigkeit einer solchen Auslegung wird nicht gegeben[19]).

Besonders rechtfertigt sich diese herrschende Ansicht aus dem Bedürfnis einer sofortigen Erledigung des Verfahrens für den Fall, daß beim zurückgeschobenen Eid der Relat die Annahme des Eides verweigert. Dies mag in der Praxis selten vorkommen; es ist immerhin möglich, daß eine gewissenhafte Partei doch zu vorsichtig ist, über eine unsichere Tatsache den Eid zu leisten. Dann kann sie den bereits auferlegten Eid verweigern. Wie steht es aber, bevor eine solche Entscheidung ergeht? Schweigt der Relat, so gilt sein Schweigen hier nicht als Eidesverweigerung, sondern als Annahme (§ 456). Nach einer wörtlichen Auslegung des § 452 I müßte auf jeden Fall ein Eidesurteil oder ein Eidesbeschluß ergehen, bevor der Relat eine relevante Eidesverweigerung zum Ausdruck bringen könnte. Solche Entscheidungen sind überflüssig; sie verschleppen den Prozeß.

---

[19]) Stein, § 452 IV; v. Seuffert, § 452,3; Förster-Kann, § 452,3c aa; Neukamp, § 452,2c; Skonietzki-Gelpcke, § 452,2; Struckmann-Koch, § 452,2; Wilmowski-Levy, § 429,2; Planck II, S. 309, Anm. 4; Schmidt, S. 536; Fitting, S. 302; Walsmann, ArchzivPrax. 102. 150; RG. 18. XII. 01 (in JW. 1902,76); RG. 35,371; OLG. Cassel Rspr. 13,173.

Diese Unzulänglichkeiten beseitigt eine freie Auslegung des § 452 I.

2. Indirekt läßt sich der Beweis führen, indem man die Frage aufwirft: Wie denkt sich die Gegenmeinung, die eine Annahmeverweigerung für irrelevant erklärt, den weiteren Verlauf des Prozesses? Wie soll eine solche Erklärung vom Richter bewertet werden? Auch hier gehen die Ansichten auseinander. Auf der einen Seite steht v. Seuffert[20]), der die Möglickeit einer Annahmeverweigerung nur für den zurückgeschobenen Eid verneint und sie auf den zugeschobenen Eid beschränkt. Auf der anderen Seite läßt man sie ganz allgemein nicht zu[21]). v. Seuffert erblickt in einer solchen Annahmeverweigerung des Relaten vor Erlaß des Urteils bzw. Beschlusses keine Eidesverweigerung. Er gibt dem Gericht die Möglichkeit, auf Leistung des Eides zu erkennen, oder aber von dem Recht der freien Beweiswürdigung nach § 286 Gebrauch zu machen, eine solche Erklärung zu Ungunsten des Relaten zu verwenden[22]). v. Seuffert gelangt damit zu demselben Ergebnis wie die herrschende Meinung. Auch nach seiner Ansicht bringt eine Annahmeverweigerung, die nach ihm keine Eidesverweigerung ist, dieselben ungünstigen Folgen für den Relaten mit sich wie eine Annahmeverweigerung. Nur ist im ersten Fall der Weg über eine richterliche Entscheidung, nach deren Erlaß erst der Relat die Leistung des Eides verweigern darf, ein umständlicher, der zu entbehren ist. Im zweiten Fall sucht v. Seuffert eine Beweiskraftregel des Gesetzes zu umgehen. Er stellt die Entscheidung in freies richterliches Ermessen. Das begründet einerseits eine gewisse lästige Pflicht für den Richter, führt andererseits aber zu demselben Ergebnis, wie wenn man die Annahmeverweigerung als Eidesverweigerung behandelt.

Somit erledigt sich diese Auslegung des § 452 I schon

---

[20]) § 456,2.

[21]) Bad. Ann. 59,331 ff.; Bad. Rp. 1901, Bd. 6 (Ann. Bd. 70, S. 164).

[22]) Die Anwendbarkeit des § 286 bejaht auch Skonietzki-Gelpcke, § 456,1.

durch ihren unpraktischen Ersatz. Es fällt nicht nur die v. Seuffertsche Ansicht, die sich auf den Fall des zurückgeschobenen Eides beschränkt. Auch die weitergehende Meinung ist abzulehnen, die sich stets an eine wörtliche Auslegung des § 452 I hält und bei einer solchen Erklärung § 286 anwenden will, also zu dem Ergebnis der herrschenden Lehre durch eine Umgehung des Gesetzes gelangt. Die herrschende Ansicht, daß Delat und Relat die Möglichkeit haben, sofort eine relevante Annahmeverweigerung zu erklären, verdient den Vorzug.

§ 10. b) Die Tatbestände.

I. Die Annahmeverweigerung kann nur in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht werden[23]), nicht in vorbereitenden Schriftsätzen[24]). Die Formvorschriften der §§ 298 II und 510a I sind zu beachten. Unter Erklärung der Annahme verstehen sie stillschweigend auch Erklärung der Annahmeverweigerung.

An eine bestimmte Form ist die Annahmeverweigerung nicht gebunden. Wir müssen daher die Grenzen finden, die sämtliche dem Begriff der Annahmeverweigerung unterzuordnenden Fälle einschließen. Scharf ist die Scheidungslinie besonders gegen die übrigen Begriffe zu ziehen, denen sich das Verhalten des Delaten möglicherweise unterordnen lassen kann. Es ist zurückzugehen auf die Pflicht des Delaten, die Folgen der Zuschiebung zu dulden. Weiter verlangt das Gesetz nichts. Es gibt ihm drei Möglichkeiten, sein Einverständnis mit den Folgen der Zuschiebung zu erklären. Er kann den Eid annehmen oder zurückschieben oder verweigern. Hat er die Wahl getroffen, so ist es seine Sache, einen diesbezüglichen Willen zum Ausdruck zu bringen. Einer ausdrücklichen Erklärung bedarf es nicht. Der Delat muß nur dem Richter irgendwie zu erkennen geben, daß er mit dem Eidesbeweis einverstanden ist, indem er den Eid annehmen oder zurückschieben oder nicht annehmen will. Unterläßt er diese Einverständniserklärung, dann liegt eine

[23]) Stein, § 452 I.
[24]) v. Seuffert, § 452,2.

Erklärungsverweigerung vor und § 452 II greift ein. Annahmeverweigerung liegt daher vor, wenn aus dem Verhalten des Delaten ein auf Nichtannahme gerichteter Willensvorgang erkennbar ist. Ob im konkreten Falle sich ein solcher Wille feststellen läßt, ist richterliche Auslegungsfrage. Die Entscheidung wird nicht immer leicht sein.

II. 1. Zwischen der Annahmeverweigerung und der Erklärungsverweigerung zunächst liegen eine Reihe Fälle, die nur mittelbar einen auf Nichtannahme gerichteten Willen erkennen lassen. Trotzdem sind sie dem Begriff der Annahmeverweigerung unterzuordnen. Es handelt sich um ausweichende Erklärungen, die das Einverständnis des Delaten mit der Zuschiebung zum Ausdruck bringen, aber nicht entscheiden lassen, welche der sich bietenden Möglichkeiten der Delat ergreifen will. Hier hat er seine Pflicht im Unterschied zu den Fällen der Erklärungsverweigerung selbst erfüllt, von der Freiheit seines Vorgehens jedoch keinen Gebrauch gemacht. Beispielsweise erklärt er: „Ich will mir überlegen, ob ich den Eid annehme oder zurückschiebe". Der Richter wird bei solcher ausweichenden Erklärung durch Ausübung seines Fragerechts (§ 136 III) den Willen des Delaten zu erforschen haben. Er wird noch einmal an den Delaten die Frage richten, wie er sich zu der Zuschiebung verhalte. Bringt auch jetzt dessen Antwort keine Klarheit, dann genügt das auffällige Verhalten. Es läßt sich aus ihm der Schluß ziehen, daß der Delat den Eid nicht annehmen will.

2. Andererseits liegen auch zwischen Annahmeverweigerung und der Annahme Fälle, bei denen sich ebenfalls aus dem Verhalten trotz Annahme ein auf Nichtannahme gerichteter Wille erkennen läßt. Das Verhalten des Delaten kann zu seiner Annahmeerklärung im Widerspruch stehen. Erklärt er, den Eid annehmen zu wollen, ergibt sich aber aus seinem sonstigen Verhalten, daß er den Eid in einem anderen Sinne auffaßt als der Deferent, dann haben wir es wieder mit einer ausweichenden Erklärung zu tun. Auch hier hat der Richter aufklärend einzugreifen und zu er-

mitteln, wie sich der Relat zu einer Annahme des Eides im ursprünglichen Sinne stellt. Beharrt der Erklärende bei seiner Auffassung, dann liegt ebenfalls ein auf Nichtannahme des ursprünglichen Eides gerichteter Wille vor.

III. Anders zu beurteilen ist jede Annahmeerklärung oder Zurückschiebung des Delaten, wenn sie von einer Darlegung des Delaten begleitet wird, aus der sich das Gegenteil des Schwurthemas als richtig ergibt. Hier liegt keine Annahmeverweigerung vor, denn der Wille, den Eid anzunehmen oder zurückzuschieben, tritt zu Tage. Es wird aber nach § 288 I jede weitere Beweisaufnahme, also auch eine Eidesabnahme, überflüssig[25]).

IV. Über alle diese Fälle, die an den Grenzen der Annahmeverweigerung liegen, ist in der Literatur nichts zu finden. Das Schrifttum denkt an die Möglichkeit von Unklarheiten erst bei der Stellungnahme des Schwurpflichtigen zu dem auferlegten Eide. Die dort gegebenen Beispiele lassen sich aber meist schon bei der Zuschiebung analog anwenden.

§ 11. c) Die Folge.

Die Annahmeverweigerung bedeutet etwas zweifaches. Sie ist die Selbsterfüllung der Pflicht des Delaten, die Wirkungen des Eidesbeweises auf sich zu nehmen, wie auch gleichzeitig ein Verzicht auf den Rechtsbehelf des Eides. Der Delat ist seiner Pflicht nachgekommen. Die Erfüllung der Pflicht braucht nicht erzwungen zu werden. Es tritt keine nachteilige Fiktion ein. Der Delat hat gleichzeitig auf einen Rechtsbehelf verzichtet. Daher ist ihm dieser Rechtsbehelf entzogen. Nur unter besonderen Umständen kann er das Recht wiedererlangen.

I. Der Eid ist verweigert, nicht gilt er als verweigert. Der Gegner hat mit seiner Zuschiebung Erfolg gehabt. Der Delat ist so gewissenhaft gewesen, einen wahrheitswidrigen Eid sofort abzulehnen. Es ist die Darstellung des Deferenten voll bewiesen, nicht nur zugestanden

---

[25]) Vgl. RG. 11. II. 13 im Recht 17 Nr. 987 und die entsprechenden Ausführungen im II. Kapitel (S. 58).

(§ 464 II)[26]). Sie gilt als wahr. Es mag merkwürdig erscheinen, daß hier ein Beweisergebnis ohne Beweisanordnung und Beweisaufnahme gewonnen ist. Trotzdem bedeutet dies keinen Widerspruch zum Gesetz. Denn wird schon durch die Erklärungsverweigerung voller Beweis geführt (§§ 452 II, 464 II), so ist nicht einzusehen, warum die an Beweiskraft weit stärkere Annahmeverweigerung diese Wirkung nicht haben sollte.

Damit ist der Prozeß in einen Abschnitt gelangt, der Ähnlichkeit mit der durch ausdrückliche Verweigerung des auferlegten Eides herbeigeführten Prozeßlage besitzt (§ 464 II). Die Annahmeverweigerung ist mit der Leistungsverweigerung des § 464 II nahe verwandt, wie sie andererseits von der Erklärungsverweigerung des § 452 II streng zu sondern ist[27]).

II. Eine weitverbreitete Ansicht ist hinsichtlich der Wirkung der Annahmeverweigerung zu einem anderen Ergebnis gelangt. Nach dieser Auffassung ist sie der Wirkung einer Erklärungsverweigerung gleichzusetzen. Es soll auch hier nur der Eid als verweigert gelten, eine Eidesverweigerung nicht vorhanden sein, sondern nur an einen solchen Tatbestand die Folge des § 464 II geknüpft werden. Wir haben durch die Konstruktion der Annahmeverweigerung als einer Eideserklärung, durch die der Delat seine Pflicht erfüllt, zu zeigen versucht, daß eine Fiktion hier nicht am Platze ist. Es soll im folgenden Abschnitt der Beweis geführt werden, daß man auch hinsichtlich der Möglichkeit einer Beseitigung ihrer Wirkung die beiden Fälle scharf scheiden muß. Schon aus diesem Grunde ist jene Ansicht, die „Fiktionstheorie", abzulehnen[28]).

---

[26]) A. M. Hellwig, System, I. S. 729 II.

[27]) Dahin lautet auch die Meinung von v. Seuffert § 452,3; Neukamp, § 452,2c; Wilmowski-Levy, § 429,2; Schmidt, S. 536; Fitting, S. 302.

[28]) Ihre Vertreter sind: Stein, § 452 IV; Förster-Kann. § 452,3c aa: Skonietzki-Gelpcke, § 452,2; Planck II S. 309 Anm. 4; Struckmann-Koch, § 452,2: Walsmann, ArchzivPrax. 102,150; RG. 35,371 ff.; OLG. Cassel Rspr. 13,173.

III. Die Wirkung der Annahmeverweigerung tritt ebenso wie die Wirkung einer Annahme oder Zurückschiebung sofort ein. Es besteht der allgemeine Grundsatz, daß die Wirkung der Erklärung folgt. Eine Ausnahme hiervon hätte eines Rechtssatzes bedurft. Ein solcher ist nicht vorhanden. Auch ein Antrag des Gegners wie im Falle des Nichterscheinens im Schwurtermin ist nach § 231 nicht erforderlich[29]). Nach der „Fiktionstheorie" würde der Eintritt der Wirkung nach den Regeln der Erklärungsverweigerung zu bestimmen sein. Allerdings schweigt sich die Literatur über diese Frage aus. Nur Förster-Kann[30]) erwähnt sie und verlegt den Eintritt der Wirkung — wenig folgerichtig — auf den Schluß der mündlichen Verhandlung, wenn die Annahmeverweigerung bis dahin aufrecht erhalten worden ist (!). Die Wirkung, daß der Eid verweigert ist (oder auch als verweigert gilt), soll doch die Grundlage der ganzen weiteren Verhandlung bilden. Wie kann die Verhandlung fortgeführt werden, wenn ihre Grundlage erst am Schlusse eintritt?

IV. Auf Grund der durch die Annahmeverweigerung hervorgerufenen Wirkung nimmt nunmehr das Verfahren seinen Fortgang. War die durch den Eid zu beweisende Tatsache der letzte strittige Punkt, und ist die Sache sonst zur Entscheidung reif, so wird das Endurteil ergehen. Anderenfalls nimmt der Prozeß mit der Änderung seinen Fortgang, daß die Behauptung des Deferenten bewiesen ist. Diese Folge kann durch Zwischenurteil ausgesprochen werden, wenn durch die gelungene Beweisführung ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif ist (§ 303)[31]). Vor der Neufassung der Zivilprozeßordnung von 1924 war ein Zwischenurteil auch über ein selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel möglich.

§ 12. d) Der Widerruf.

Die Wirkung der Annahmeverweigerung kann beseitigt werden. Unter Umständen ist ein Widerruf der Erklärung

[29]) Stein, § 452 III.
[30]) § 452,3c bb.
[31]) v. Seuffert, § 452,4.

gestattet. Da das Gesetz nichts von der Annahmeverweigerung erwähnt, so spricht es auch nicht von ihrem Widerruf. Die Meinungen gehen deshalb scharf auseinander. Der Gegensatz zwischen unserer Ansicht und der „Fiktionstheorie" wird praktisch bedeutsam. Zur Widerlegung der letzteren stehen uns Gesetzesfassung und Grundanschauungen des Gesetzes zur Seite. Es wird sich ferner aus äußeren Gründen eine Unterscheidung empfehlen, ob das Verfahren in der ersten Instanz anhängig oder ob die Sache bereits an das Berufungsgericht gelangt ist.

I. 1. Betrachten wir das erstinstanzliche Verfahren, so ist zunächst die Frage zu stellen: Ist es überhaupt zulässig, daß die Wirkung der Annahmeverweigerung durch Widerruf entkräftet werden kann? Diese Frage ist zu bejahen. Denn auch die übrigen Eideserklärungen des Delaten können unter gewissen Umständen widerrufen werden. Es bedeutete eine große Härte, sollte die Annahmeverweigerung davon ausgeschlossen sein.

2. Kann aber zweitens diese Erklärung beliebig wie die Erklärungsverweigerung bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, widerrufen werden? Oder ist ein Widerruf nur unter Umständen wie bei den übrigen Eideserklärungen zulässig? Das erstere wäre das Ergebnis, zu dem die „Fiktionstheorie" kommen muß, das letztere entspräche unserer Ansicht.

a) Wir haben gesehen, daß dort, wo das Gesetz von „Annahme oder Zurückschiebung" spricht, es stillschweigend auch als dritte Möglichkeit die Annahmeverweigerung einbegreift. Nun gibt § 458 eine Vorschrift über den Widerruf einer „Annahme oder Zurückschiebung". Also fällt unter ihn auch die Annahmeverweigerung. Der Widerruf ist in den Fällen der §§ 454 II und 457 zulässig. § 457 handelt vom Widerruf eines zurückgeschobenen Eides. So bleibt für die Annahme und Annahmeverweigerung nur § 454 II übrig. Wenn andere Beweise aufgenommen werden, kann eine vorher abgegebene Erklärung widerrufen werden (Subsidiarität des Eidesbeweises). Die Annahmeverweigerung des Eides schließt daher die Geltendmachung anderer Beweismittel nicht aus,

wie sich aus § 453 Satz 1 auf demselben Wege ergibt. Werden diese Beweise aufgenommen, dann, aber auch nur dann, ist ein Widerruf der Annahmeverweigerung möglich.

b) Zu demselben Ergebnis führt folgende Überlegung, die sich aus einer Grundanschauung des Prozeßrechtes ergibt. Im Interesse einer schnellen und sicheren Prozeßerledigung ist es wünschenswert, daß ausdrückliche Erklärungen anders behandelt werden als unterbliebene Erklärungen. Bei letzteren muß sich der Gegner auf eine Nachholung gefaßt machen. Bei einer ausdrücklich abgegebenen Erklärung aber erfordert es die Billigkeit, daß der Gegner darauf vertrauen darf, daß sie nicht jederzeit widerrufen werden kann. Es wäre eine übermäßige Macht in die Hände der Parteien gelegt, wenn sie ihre Erklärungen beliebig widerrufen könnten, wenn dadurch möglicherweise das ganze bisherige Verfahren überflüssig würde. Daß ausdrückliche Erklärungen überhaupt nicht oder doch nur unter ganz besonderen Umständen widerrufen werden dürfen, ist auch die Ansicht der Zivilprozeßordnung. Diese wird bei der Behandlung des gerichtlichen Geständnisses offenbar: Tatsachen, die nicht bestritten sind, gelten als zugestanden (§ 138 II). Sie können aber jederzeit bestritten werden. Man kann die unterlassene Erklärung beliebig nachholen. Tatsachen, die ausdrücklich zugestanden sind, können nicht beliebig bestritten, die Erklärung also nicht beliebig widerrufen werden, sondern nur in dem Falle, daß der doppelte Beweis der Unwahrheit und des kausalen Irrtums geführt wird (§§ 288, 290). Eine ausdrücklich abgegebene Erklärung kann nur unter besonderen Umständen entkräftet werden. Also findet eine andere Behandlung statt, je nachdem es sich um eine unterlassene oder eine ausdrücklich abgegebene Erklärung handelt. Dieser Satz läßt sich hier anwenden. Die Widerrufsmöglichkeit der Annahmeverweigerung darf nicht der Nachholungsmöglichkeit der Erklärungsverweigerung gleichgestellt werden. Es darf der Widerruf nur beschränkt zulässig sein. So ergibt sich eben die Anwendung von § 454 II auf die Annahmeverweigerung.

3. Damit gelangen wir endlich zu der dritten Frage nach dem Inhalt des § 454 II. Die Beweismittel können gewöhnlich

nach § 283 I bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, geltend gemacht werden. Diese Möglichkeit wäre also bei einer Annahme des Eides bis zum Erlaß des Eidesurteils gegeben. Dagegen hätte der Erlaß eines Beweisbeschlusses diese Wirkung nicht; auch später könnten noch andere Beweismittel geltend gemacht werden[32]). Erst wenn der Eid geleistet wäre, griffe die Beschränkung des § 463 II ein[33]). Nun wird das Verfahren jedoch durch die Annahmeverweigerung in eine andere Bahn gelenkt als durch die Annahme; insbesondere fällt hier eine den Eid auferlegende Entscheidung fort. Die Möglichkeit des Widerrufs der Annahmeverweigerung wird daher abschließen mit dem Ende der mündlichen Verhandlung, auf die über den betreffenden Prozeßstoff ein Urteil ergeht[34]).

Nur wenn die von einer Partei, hier gewöhnlich vom Delaten, geltend gemachten Beweismittel wirklich aufgenommen sind, kann die Annahmeverweigerung widerrufen werden. Der Widerruf ist ausgeschlossen, sobald eine Beweisaufnahme nicht stattfindet, sei es infolge Ablehnung wegen Unzulässigkeit oder Überflüssigkeit oder infolge Unmöglichkeit oder infolge Verzichts des Beweisführers. Als Beispiel sei hier noch die Zurückweisung im Falle des § 283 II, der in seiner allgemeinen Fassung von 1924 die Einzelvorschriften der §§ 374 und 433 verdrängt hat, erwähnt. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Beweisaufnahme zu einem Ergebnis geführt hat[35]).

Unter diesen beiden Einschränkungen, daß neue Beweise innerhalb der hierzu bestimmten Zeit geltend gemacht und auch wirklich aufgenommen werden, ist ein Widerruf der vorher ausgesprochenen Annahmeverweigerung möglich. Die Möglichkeit des Widerrufs schließt ab mit der Möglichkeit der Geltendmachung neuer Beweise, also mit

---

[32]) Stein, § 453 I; v. Seuffert, § 453,2a; Kroschel ZZpr. 18, 259; RG. 17,335; 41,419; OLG. Stuttgart Rspr. 15,140.

[33]) RG. 17,335.

[34]) v. Seuffert, § 454,3,3.

[35]) Stein, § 454 II; v. Seuffert, § 454,3,2.

dem Erlaß eines über den Prozeßstoff ergehenden Urteils. Mit dem Widerruf kommt die Partei wieder in die frühere Stellung des Delaten. Sie kann alle Rechte ausüben, die ihr vor der Annahmeverweigerung zustanden. Voraussetzung ist, daß der Widerruf auch wirklich erfolgt. Denn § 454 II bewirkt nicht, sondern gestattet nur die Beseitigung der alten Erklärung. Bei Untätigkeit bleibt die Prozeßlage bestehen. Etwaige Mißverständnisse sind durch Ausübung des richterlichen Fragerechtes aufzuklären[36]).

Der Widerruf selbst bedarf keiner Form[37]).

II. Daß die für unsere Ansicht bisher angeführten Argumente auch in der Berufungsinstanz ihre Wirkung behalten, ist wohl nicht näher auszuführen. Gerade hier setzt der Streit der Meinungen ein, während die Möglichkeit eines Widerrufs in der ersten Instanz mit Stillschweigen übergangen wird. So ist hier der Ort für die Widerlegung der von der Gegenmeinung angeführten Gründe. Deshalb war auch eine Trennung des erstinstanzlichen Verfahrens von dem in der Rechtsmittelinstanz nicht zu umgehen. „Nur § 531 kann in Frage kommen" sagt die Fiktionstheorie[38]). Unsere Ansicht muß zu dem Ergebnis gelangen, daß nur § 533 I cjt. 454 II angewendet werden darf[39]). Wie führt nun die Fiktionstheorie den Beweis? Sie beruft sich fast durchweg auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 35, S. 371 ff., das seine Ansicht ungefähr folgendermaßen begründet:

In dem angezogenen Rechtsstreit war bei der schlechten Fassung eines Urteilstatbestandes nicht zu ersehen, ob der Beklagte in der ersten Instanz eine Erklärung abzugeben sich geweigert oder erklärt hatte, er nehme den Eid nicht an. Auf diese Bedenken kann es aber, so lautet die Ent-

---

[36]) Stein, § 454 II; RG. 29. I. 94 in Gruch. Beitr. 38, 1232 ff.

[37]) RG. 8. XI. 07 in Warn. Rspr. Erg. Bd. 1907/08, S. 70.

[38]) Stein, § 452 IV; Förster-Kann, § 454,3c aa; Skonietzki-Gelpcke, § 452,2; Struckmann-Koch, § 452,2; Planck II S. 309 Anm. 4; Walsmann, ArchzivPrax. 102, 150; RG. 35, 371 ff.; RG. 18. XII. 01 (JW. 02,76); OLG. Cassel Rspr. 13, 173.

[39]) v. Seuffert, § 454,4; § 464,2; Neukamp, § 452,2c; Wilmowski-Levy, § 429,2; Fitting, S. 302.

scheidung, nachdem die Frage geklärt ist, nicht ankommen. „Dem Beklagten würde auch dann, wenn er in der ersten Instanz die Annahme des Eides verweigert hätte, in der Berufungsinstanz freigestanden haben, die unter Eid gestellte Behauptung zu bestreiten“[40]). § 531 (in der alten Fassung noch § 493) bezieht sich auf den Fall, daß eine Erklärung auf die Eideszuschiebung verweigert oder unterblieben ist; § 533 I (§ 495 I) setzt eine Annahme oder Zurückschiebung voraus. Hier ist ein Widerruf nicht möglich. Dies folgt aus der Vertragsnatur des Eides. „Ist ein angetragener Eid angenommen oder zurückgeschoben, so haben sich beide Teile endgültig darüber geeinigt, daß der Streit durch den Eid entschieden werden soll. Solches trifft auf einen Fall, wie hier, wenn die Annahme des angetragenen Eides gerade verweigert ist, nicht zu“[41]). Denn § 533 II spricht nur von der Verweigerung der Leistung des Eides, die eine die Leistung des Eides auferlegende Entscheidung voraussetzt. Deshalb hat eine Verweigerung der Annahme nicht die gleiche Wirkung, weil hier noch keine solche Entscheidung vorausgegangen ist. Die Berufung ist eine neue Verhandlung, für die die Verhandlung erster Instanz die Grundlage bildet. Die erstinstanzlichen Verhandlungsergebnisse, die auch für die Berufungsinstanz ihre Wirkung behalten, sind speziell im § 533 hervorgehoben; unter ihnen befindet sich die Verweigerung der Annahme nicht. Daher fällt diese nach Ansicht des Reichsgerichts unter § 531.

Gegen diese Entscheidung läßt sich manches einwenden. Die Annahmeverweigerung findet sich im Gesetz überhaupt nicht ausdrücklich erwähnt. So kann man ihre Zugehörigkeit zu den Fällen des § 533 nicht deshalb bestreiten, weil sie dort nicht erwähnt sei. Mit demselben Recht kann man behaupten, daß sie nicht unter § 531 fiele, weil sie auch in diesem Paragraphen nicht genannt wird. Das Reichsgericht müßte, wenn es seinen anfänglichen Erörterungen folgen würde, zu dem Ergebnis gelangen, daß eine Annahmeverweigerung eher unter § 533 als unter § 531 fallen würde.

[40]) RG. a. a. O. S. 372 f.
[41]) RG. a. a. O. S. 373.

Denn wenn man wie das Reichsgericht die Eideszuschiebung und die Gegenerklärung als einen Vertrag ansehen würde, so würde durch eine Annahmeverweigerung ebensogut eine Einigung zustande kommen, daß der Eid den Streit entscheiden solle, wie im Falle der Annahme oder Zurückschiebung, nur mit der Abweichung, daß der Delat den Eid nicht schwören soll.

Immerhin hat das Reichsgericht mit seiner Behauptung Recht, daß die Annahmeverweigerung nicht unter den Begriff der Verweigerung der Leistung des durch eine Entscheidung auferlegten Eides fällt. Aber sie kann dieser insofern gleichgestellt werden, als sie in demselben Paragraphen enthalten ist, allerdings im ersten Absatz in strengem Zusammenhang mit der Annahme und Zurückschiebung.

So kann man die Beweisführung des Reichsgerichts nicht als gelungen bezeichnen. Vielmehr kommt man, wenn man von denselben Erwägungen ausgeht, die wir über den Widerruf in der ersten Instanz angestellt haben, zu dem gleichen Ergebnis. Die Annahmeverweigerung kann auch in der Berufungsinstanz nicht beliebig, sondern nur bei Aufnahme neuer Beweise widerrufen werden. (§§ 454 II, 533 I, 529).

III. Ohne daß wir auf den Wesensunterschied zwischen Annahmeverweigerung als Verzicht auf einen Rechtsbehelf und der Erklärungsverweigerung als Nichterfüllung einer Pflicht einzugehen brauchten, gelang in diesem Abschnitt der Beweis, daß beide Fälle hinsichtlich der Beseitigung der Wirkung eine verschiedene Behandlung verlangen. Lediglich aus dem Wortlaut des Gesetzes, das stillschweigend unter Annahme auch die Annahmeverweigerung versteht, wie aus einem sich durch das Gesetz ziehenden Leitgedanken heraus, daß unterbliebene Erklärungen im Gegensatz zu den irgendwie eine Stellungnahme offenbarenden Erklärungen stehen und im Prozeß anders bewertet werden müssen, ergab sich der Unterschied. Wo aber das Gesetz verschiedene Behandlung verlangt, da muß das verschiedene Verhalten der Partei rechtlich auch etwas verschiedenes bedeuten, mag auch wegen einer gewissen Ähnlichkeit beider Fälle ausnahmsweise eine

einzelne Rechtsfolge, ein für den Delaten ungünstiges Beweisergebnis sich an beide knüpfen. Die Ungleichheit der übrigen Rechtsfolgen beweist die Ungleichheit der Tatbestände, bestätigt also die Richtigkeit der Ausführungen über die Rechtsstellung des Delaten.

§ 13. e) Ergebnis.

Wir fassen die Grundgedanken dieses Abschnittes noch einmal kurz zusammen:

1. Die Annahmeverweigerung wird im Gesetz nicht erwähnt. Sie ist in dem Ausdruck „Annahme" enthalten.
2. Annahmeverweigerung liegt vor, wenn sich aus dem Verhalten des Delaten ergibt, daß er dem Eidesverfahren sich unterwerfend den Eid nicht annehmen will.
3. Rechtlich ist sie ein Verzicht auf den Gebrauch eines Rechtsbehelfs, aber Selbsterfüllung der dem Delaten auferlegten Pflicht, die Folgen der Zuschiebung zu dulden. Sie ist scharf zu trennen von der Erklärungsverweigerung als Nichtpflichterfüllung.
4. Ihre Wirkung ist Praeklusion des Rechtsbehelfs des Eides.
5. Diese Wirkung tritt sofort ein.
6. Sie kann durch Widerruf beseitigt werden. Dieser ist bei Aufnahme neuer Beweise gestattet.

4. Die übrigen Fälle der Eidesverweigerung vor Auferlegung des Eides.

A. Die Erklärungsverweigerung.

§ 14. a) Die Tatbestände.

I. Der zweite Hauptfall einer Eidesverweigerung ist in den §§ 452 II und 455 geregelt. Hier handelt es sich nicht darum, daß aus dem Verhalten des Delaten sich die Annahmeverweigerung ergibt, sondern daß aus dem Verhalten der Partei überhaupt nicht geschlossen werden kann, ob sie mit dem Eidesbeweis einverstanden ist, oder daß sie sich sogar gegen die Zulässigkeit eines solchen auflehnt. Von vornherein muß man das Verhalten des Relaten bei einer Zu-

rückschiebung für diesen Hauptfall ausschließen. Denn bei der Zurückschiebung liegt die Sache anders. § 456 bestimmt, daß der zurückgeschobene Eid auch ohne ausdrückliche Erklärung als angenommen gilt. Sache des Relaten ist es daher, seinen auf Nichtannahme gerichteten Willen zum Ausdruck zu bringen. Erfolgt dies nicht, so ergeht eine den Eid auferlegende Entscheidung.

Bei der Zuschiebung hingegen sind alle Fälle, in denen ein Einverständnis der Partei mit dem Eidesbeweis nicht zum Ausdruck kommt, zusammenzufassen. Der beste Kollektivbegriff für diese Summe der mannigfaltigsten Möglichkeiten mag der Ausdruck Erklärungsverweigerung sein. Er ist dahin zu verstehen, daß die Erklärung des Einverständnisses mit dem Eidesverfahren unterbleibt. Allerdings ist diese Bezeichnung nicht vollkommen. Es ist sehr wohl eine Erklärung des Delaten bei ihr möglich. Der Mangel besteht nur in dem Fehlen einer geeigneten Erklärung. Ferner ist Verweigerung hier im weitesten Sinne auch als bloße Unterlassung zu fassen. Sind wir uns klar über die Bedeutung des Wortes, so können wir es gebrauchen.

Gänzlich unzureichend ist der Ausdruck des Gesetzes, indem es von unterbliebener Erklärung im § 455 und von nicht abgegebener Erklärung im § 452 II spricht. Das Gesetz übergeht völlig die Fälle, in denen der Delat sich gegen den Eidesbeweis mit irgendwelchen Erklärungen sträubt. Nur durch Analogie kann man ferner zu dem Ergebnis gelangen, daß das Gesetz wie im § 531 unterbliebene und ausdrücklich verweigerte Erklärungen gleichstellt, während es nur von der einen Klasse spricht. Nach beiden Richtungen hin versagt der vom Gesetz angewendete Ausdruck „Nichterklärung". Dafür ist das Wort Erklärungsverweigerung einzusetzen.

II. Die einer Erklärungsverweigerung unterzuordnenden Fälle lassen sich somit in zwei Gruppen zusammenfassen.

1. Der Gegner bringt seinen Widerstand gegen den Eidesbeweis zum Ausdruck; er geht aktiv dagegen vor. Z. B. bestreitet er, ohne den Eid anzunehmen, die Zulässigkeit der Eideszuschiebung oder die Erheblichkeit der das

Eidesthema bildenden Tatsache[42]). Der Erklärung: „Ich nehme den Eid nicht an" mag allerdings auch ein solcher Widerstand zugrunde liegen. Er gelangt aber, wenn nichts hinzugefügt wird, nicht zum Ausdruck. Man kann vielmehr aus dieser Erklärung nur schließen, daß der Delat die ungünstigen Folgen des Eidesbeweises auf sich nehmen will.

2. Der Gegner verhält sich gegenüber dem Eidesbeweis passiv, indem er keine Erklärung des Einverständnisses abgibt. Entweder verweigert er die Erklärung über sein Einverständnis ausdrücklich. Er erklärt: „Ich sage nichts". Oder er verhält sich vollständig passiv: er schweigt. Die Fälle passiven Widerstandes werden allerdings weniger häufig sein.

§ 15. b) Die Folge.

Die Erklärungsverweigerung ist Nichterfüllung einer Pflicht, ist Kontumaz. Kontumaz hat notwendigerweise Pflichterfüllungszwang zur Folge. Dieser Pflichterfüllungszwang besteht darin, daß trotz seiner Passivität oder gar trotz seines Sträubens der Gegner des Zuschiebenden in die Delatenrolle gezwängt wird. Es besteht die Vermutung, daß er den Eid nicht leisten kann, weil seine Darstellung unrichtig ist, sonst würde er ja den Eid annehmen oder zurückschieben[43]). Der Richter behandelt ihn also, obwohl er den Eid garnicht verweigert hat, trotzdem wie eine Partei, die die Annahmeverweigerung erklärt hat. Der Eid gilt als verweigert, die Darstellung des Deferenten als bewiesen (poena recusati).

Diese Folge tritt nicht sofort ein. Um ein versehentliches Unterlassen der Erklärung zu verhindern oder um einen vielleicht entstandenen Irrtum des Delaten, er könne sich dem Eidesbeweis überhaupt entziehen, zu beseitigen, läßt § 455 die nachteilige Folge nur dann eintreten, wenn die Partei zu einer Erklärung über den Eid aufgefordert worden ist. Dem Gericht wird eine Fragepflicht auferlegt. Gibt der Delat auch jetzt keine Erklärung ab, oder bleibt er bei seiner Weigerung, eine Erklärung abzugeben, oder

---

[42]) v. Seuffert, § 452,3.
[43]) Langheineken, Urteilsanspruch, S. 80.

bei seinem Sträuben, dann ist ihm nicht zu helfen. Die poena recusati tritt ein, nachdem die Aufforderung des Gerichts keinen Erfolg gehabt hat[44]). Wie Förster-Kann zu der Auffassung kommen kann, daß diese Wirkung erst mit dem Schluß der mündlichen Verhandlung eintritt, ist nicht verständlich[45]). Wir wiesen diese Ansicht bereits zurück. Auf der Grundlage, die durch die Fiktion hergestellt wird, baut sich das weitere Verfahren auf. Wie soll nun der Prozeß weitergehen, wenn diese Wirkung erst am Schluß der mündlichen Verhandlung eintreten würde. Dann müßte ja sofort nach der erfolglosen Aufforderung des Gerichts die Verhandlung vertagt werden, damit die Wirkung eintreten und die Verhandlung fortgesetzt werden könnte. Es liegt hier eine Verwechslung vor zwischen Eintritt der Wirkung und der Möglichkeit, die eingetretene Wirkung wieder zu beseitigen. Diese hat der Delat allerdings jederzeit. Die Nachholung der Erklärung bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, sogar noch darüber hinaus in der Berufungsinstanz, steht ihm frei.

§ 16. c) Die Beseitigung der Wirkung.

Es ist, wie schon einmal hervorgehoben, Grundsatz des geltenden Prozeßrechtes, daß die in einer bestimmten Richtung abgegebenen Erklärungen schwerer beseitigt werden können als verweigerte oder unterbliebene Erklärungen. Im Hinblick auf eine schnelle Prozeßerledigung ist eine leichte Nachholungsmöglichkeit der letzteren nicht zu begrüßen. Da das Gesetz sie nun einmal gewährt, muß man sich mit ihr abfinden. Das Gesetz will den schützen, der irrtümlicherweise die Erklärung unterläßt. Jedoch geht diese Regelung auf Kosten des Gegners und ermöglicht eine Prozeßverschleppung. Immerhin kann man von dem Gegner verlangen, daß er bei unterbliebenen und verweigerten Erklärungen nicht so sehr wie bei bestimmten Erklärungen auf die Gültigkeit der nunmehr eingetretenen Wirkung vertraut. (Dem geltend gemachten Bedenken entzieht die neue

---

[44]) v. Seuffert, § 452,3.

[45]) § 452,3c bb; ebenso Stein, § 452 III.

Regelung durch die Novelle von 1924 im § 279 nur zum Teil die Grundlage).

In der ersten Instanz kann sich bei der Erklärungsverweigerung der Delat noch beliebig erklären, wie er sich zu dem Eide stellt. Er kann ihn annehmen, er darf ihn auch zurückschieben oder aber die Annahme verweigern, die Fiktion in eine Praeklusion verwandeln. Möglich ist diese Nachholung bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht (§ 278)[46]).

Auch in der Berufungsinstanz ist es dem Delaten gestattet, nach Belieben die Erklärung nachzuholen (§ 531). Bei vorangegangenem Urkundenprozeß ist die Nachholung auch im Nachverfahren möglich[47]).

§ 17. d) Ergebnis.

Für die Erklärungsverweigerung gelten also folgende Sätze:

1. Sie ist im Gesetz, das nur von Nichterklärung spricht, unvollkommen geregelt.
2. Sie liegt vor, wenn sich aus dem Verhalten des Delaten ein Einverständnis mit dem Eidesbeweis nicht ergibt.
3. Rechtlich ist sie Nichterfüllung der dem Delaten auferlegten Pflicht, die Folgen jedes ihm in zulässiger Weise zugeschobenen Eides auf sich zu nehmen. Pflichterfüllungszwang ist notwendig. Der Säumige wird als Delat behandelt.
4. Ihre Wirkung ist Fiktion der Annahmeverweigerung.
5. Diese Wirkung tritt mit der Erfolglosigkeit der Aufforderung des Gerichts an den Delaten, sich zu äußern, ein.
6. Sie kann jederzeit durch Nachholung der Erklärung beseitigt werden.

[46]) v. Seuffert, § 452,3.
[47]) OLG. Hamburg Rspr. 11,91.

B. Die unzulässige Zurückschiebung.

§ 18. a) Die Zulässigkeit der Zurückschiebung.

Die Fiktion der Eidesverweigerung setzt nicht immer eine Erklärungsverweigerung voraus. Sie kann ausnahmsweise dann eintreten, wenn der Delat sein Einverständnis mit der Zuschiebung erklärt, aber eine von den sich bietenden Möglichkeiten wählt, deren Gebrauch ihm das Gesetz nicht gestattet. Irgendwelche Beschränkungen gesetzlicher Art bestehen nicht für eine Annahmeerklärung oder Annahmeverweigerung. Es bedeutete einen Widerspruch zu der Natur des Eides, wollte das Gesetz dabei den Delaten an gewisse Voraussetzungen binden. Die Abgabe dieser beiden Erklärungen steht im freien Belieben des Delaten.

Bei der Zurückschiebung liegt die Sache anders. Diese stellt sich als eine neue Zuschiebung dar. Wie im Interesse der Feststellung der objektiven Wahrheit die Zuschiebung des Eides, der Gebrauch eines rein formalen Beweismittels, des öfteren nicht gestattet ist, so wird auch die Zulässigkeit der Zurückschiebung beschränkt. Der Erklärende ist beim Gebrauch dieses Rechtes an die Voraussetzung gebunden, daß die Zurückschiebung zulässig ist. Allgemein können wir sagen: Der Delat darf den Eid nur unter gewissen Voraussetzungen, der Relat darf den Eid überhaupt nicht zurückschieben. Eine solche Möglichkeit dem Relaten zu gewähren, widerspräche der Zwangsnatur des Eides, der Pflicht der Parteien, sich den Folgen eines Eidesbeweises zu unterziehen. Die Parteien könnten den Eid beliebig hin- und herschieben, ohne daß eine in die Rolle des Delaten gezwängt werden könnte.

Wann aber ist eine Zurückschiebung durch den Delaten unzulässig? Die Zurückschiebung ist nach § 448 I ausgeschlossen, soweit nach § 445 eine Zuschiebung nicht gestattet sein würde, also wenn sich der Eid nicht auf Tatsachen bezieht, oder zwar auf Tatsachen, diese aber weder in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen, noch Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind. Weiter ist eine Zurückschiebung unzulässig

(§ 448 II), wenn der Eid vom Referenten über eine eigene Handlung oder Wahrnehmung geschworen werden könnte, vom Relaten aber über eine fremde Handlung oder Wahrnehmung geschworen werden müßte. Ferner ist nach § 449 die Zurückschiebung an einen Dritten statt an die Partei nicht gestattet. Der Eid muß also der Partei oder, soweit diese nicht prozeßfähig ist, nach § 473 ihrem gesetzlichen Vertreter zurückgeschoben werden. Unzulässig ist die Zurückschiebung insbesondere an einen Rechtsvorgänger, an einen früheren gesetzlichen Vertreter, an einen Bevollmächtigten, an einen Beistand, an einen Nebenintervenienten, der nicht als Streitgenosse der Partei anzusehen ist (§ 449 II), auch wenn dieser den Eid zugeschoben hat[48]).

Alle diese Beschränkungen, die dem Referenten auferlegt sind, können wieder auf Anordnung des Gerichtes beseitigt werden, wenn sich die Parteien einig sind und der Eid sich auf Tatsachen bezieht (§ 450). Dann ist eine Zurückschiebung zulässig.

Zuweilen bedarf es nach § 473 II zur Zulässigkeit der Zurückschiebung einer besonderen Erklärung des Gerichtes.

§ 19. b) Die Folge.

In allen Fällen, in denen eine Zurückschiebung unzulässig ist, tritt die Fiktion der Annahmeverweigerung ein. Dieser Satz gilt jedoch nur unter der Einschränkung, daß lediglich die Zurückschiebung ausgesprochen und kein anderer rechtserheblicher Wille der Partei zum Ausdruck gebracht wird. Der Referent kann gleichzeitig den Eid bedingt annehmen; d. h. er erbietet sich, den Eid anzunehmen, falls seine Zurückschiebung nicht zulässig sein sollte. Hier ist ein auf Annahme des Eides gerichteter Willensvorgang zu erkennen. Ein solcher läßt sich aber dann nicht aus dem Verhalten des Delaten feststellen, wenn er lediglich den Eid zurückschiebt.

Erklärungsverweigerung und unzulässige Zurückschiebung werden gleichgestellt. Die gesetzliche Regelung bildet eine Ausnahme von dem von uns aufgestellten Satze, daß durch

[48]) v. Seuffert, § 449,1.

das Einverständnis des Delaten mit dem Eidesverfahren, wie er es durch die Zurückschiebung zum Ausdruck bringt, seine Pflicht, dessen Folgen zu dulden, durch ihn selbst erfüllt ist. Die Fiktion als Pflichterfüllungszwang wäre eigentlich unnötig. Da das Einverständnis mit dem Eidesbeweis vorhanden ist, sich ein auf Nichtannahme gerichteter Wille nicht erkennen läßt, so hätten wir es mit einer ausweichenden Erklärung zu tun. Der Richter müßte durch Ausübung seines Fragerechtes den Willen des Delaten zu erforschen suchen. Beharrte dieser auf seiner nutzlosen Zurückschiebung, so würde sich daraus ein auf Nichtannahme gerichteter Wille erkennen lassen. Eine solche gesetzliche Regelung, die auf diese Weise zu einer Annahmeverweigerung gelangen könnte, wäre sehr wohl denkbar.

Die Zivilprozeßordnung stellt sich bewußt auf einen anderen Standpunkt. Ist eine unzulässige Zurückschiebung erfolgt, so besteht die Vermutung, daß sich der Referent im Irrtum über seinen Machtkreis in der Wahl der Mittel vergriffen hat. Ein solches Irren ist entschuldbar. Deshalb soll er durch die Zurückschiebung nicht belastet werden. Die Zurückschiebung soll für das Gericht nicht vorhanden sein. Daher stellt das Gesetz durch die Regelung des § 452 II diesen Fall ohne weiteres der Erklärungsverweigerung gleich. Es wird somit ein Tatbestand fingiert, der in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Das heißt, das Recht bewertet trotz ihrer realen Verschiedenheit beide Tatbestände bewußt völlig gleich, sodaß man beide ohne weiteres für einander einsetzen kann. Die Fiktion in diesem Sinne bedeutet daher etwas anderes als die Fiktion der Annahmeverweigerung bei der Erklärungsverweigerung, wo nur die Ähnlichkeit beider Fälle gewisse gemeinsame Rechtswirkungen erzeugt.

Die Wirkung der unzulässigen Zurückschiebung ist Fiktion der Annahmeverweigerung. Eine Aufforderung nach § 455 erübrigt sich[49]) hier nach dem Wortlaute dieses Paragraphen. Wann diese Wirkung eintritt, läßt sich nicht genau bestimmen. Meist wird es die Zurückweisung der

[49]) RG. 25. II. 1918 im Recht 22, Nr. 752.

Zurückschiebung als unzulässig sein. Möglich ist auch, daß der Richter die Zurückschiebung ablehnt, an die Partei die Aufforderung richtet, sich in einer anderen Richtung zu äußern und diese Aufforderung keinen Erfolg zeitigt. Dann verwandelt sich die unzulässige Zurückschiebung letzten Endes in eine reine Erklärungsverweigerung.

§ 20. c) Die Nachholung einer geeigneten Erklärung.

Eine unzulässige Zurückschiebung wird einer Erklärungsverweigerung gleichgestellt. In letzterem Falle hat es der Delat unterlassen, sein Einverständnis zu äußern. Hier jedoch wird eine solche Unterlassung nur fingiert. In Anlehnung an diese Fiktion darf man deshalb nicht von einem Widerruf der abgegebenen Erklärung sprechen, wenn es sich um die Beseitigungsmöglichkeit der eingetretenen Wirkungen handelt. Die Fiktion der Eidesverweigerung kann vielmehr nur dadurch beseitigt werden, daß die nach gesetzlicher Auffassung noch nicht vorhandene Erklärung nachgeholt wird.

Wie bei der Erklärungsverweigerung ist auch hier die Nachholungsmöglichkeit einer Eideserklärung eine unbeschränkte. Die Gleichstellung beider Fälle im § 452 II läßt eine solche Folgerung als richtig erscheinen. Wie für die Wirkung, so müssen auch für die Beseitigung der Wirkung die gleichen Regeln gelten. Eine Ausnahme von diesem Satze für die unzulässige Zurückschiebung bedürfte einer gesetzlichen Festlegung. Diese ist nicht vorhanden[50]). Abzulehnen ist daher die Gegenmeinung[51]), die für die Beseitigung die Regeln über den Widerruf einer zulässigen Zurückschiebung anwenden will (§§ 458, 457, 454 II, 470).

Möglich ist die Nachholung bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die über den betreffenden Prozeßstoff ein Urteil ergeht. Darüber hinaus ist sie auch in der Berufungsinstanz gestattet (§ 531).

---

[50]) Stein, § 452 I; v. Seuffert, § 454,3, Abs. 5; RG. 17,425.

[51]) Neukamp, § 452,2b; Skonietzki-Gelpcke, § 454,3; RG. 25,180 f.

§ 21. d) Ergebnis.

Als Ergebnis ist festzuhalten:

1. Die unzulässige Zurückschiebung wird vom Gesetz einer Erklärungsverweigerung gleichgestellt.
2. Die Zurückschiebung ist in gewissen gesetzlich bestimmten Fällen unzulässig.
3. Trotz Einverständnisses mit dem Eidesverfahren wird eine Nichtpflichterfüllung fingiert. Auch hier wird Pflichterfüllungszwang notwendig. Der Säumige wird als Delat behandelt.
4. Die Folge der unzulässigen Zurückschiebung ist Fiktion der Annahmeverweigerung.
5. Diese Wirkung tritt ein, wenn die Unzulässigkeit der Zurückschiebung durch das Gericht festgestellt wird.
6. Die Beseitigung dieser Wirkung kann jederzeit durch Abgabe einer zulässigen Erklärung erfolgen.

Zweites Kapitel.

Die Verweigerung des auferlegten Eides.

§ 22. 1. Die Voraussetzungen.

I. Gar oft wird ein Delat, der den sittlichen Tiefstand eines Meineides nicht empfindet, zunächst den zugeschobenen Eid annehmen. Die Annahmeerklärung hat, mag auch die zu beschwörende Tatsache nicht der Wahrheit entsprechen, auch in strafrechtlicher Beziehung keine nachteilige Wirkung für den Delaten. Erst in dem Augenblick, in dem er den Eid leisten soll, steht der Schwurpflichtige der Gefahr eines Meineides unmittelbar gegenüber. Wenn so der psychologische Druck dieser strafrechtlichen Folge allein einen moralisch nicht hochstehenden Menschen von einem Meineid abhält, dann wird es meist in dem für die Eidesleistung festgelegten Zeitpunkt sein. Außerdem gewinnt ja der Delat durch die Auferlegung des Eides in jedem Falle Zeit. Daher sind die Fälle der Verweigerung eines auferlegten Eides ebenso häufig wie die der Verweigerung der Annahme des zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides. Das Gesetz legt sogar mehr Wert auf ausführliche Behandlung derjenigen Fälle der Eidesverweigerung, in denen eine den Eid auferlegende Entscheidung bereits ergangen ist.

Ein rein formaler Unterschied beider Gruppen ist somit gegeben. Der Kreis der Voraussetzungen ist bei der Verweigerung des auferlegten Eides erweitert. Zu der Zuschiebung, dem ersten Akte des Regelverfahrens, muß die Annahme im zweiten Abschnitt und eine den Eid auferlegende Entscheidung des Gerichtes im dritten hinzutreten. (Zu erinnern ist an dieser Stelle,

daß als Parteieid auch der richterliche Eid anzusehen ist (§§ 475—477). Er unterscheidet sich vom bisher allein besprochenen Schiedseid durch das Nichtvorhandensein der Beweisantretung. Das Gericht ordnet ihn ohne Antrag der Parteien an (§ 475). Im übrigen gelten die folgenden Ausführungen des zweiten Kapitels größtenteils auch für den richterlichen Eid. Es sind jedoch besonders die Ausnahmen des § 477 zu beachten).

Das Gesetz hat nähere Bestimmungen über die den Eid auferlegende richterliche Entscheidung aufgestellt:

II. 1. In der Regel ergeht ein bedingtes Endurteil (Eidesurteil § 460 I). Dieses gibt die Eidesanordnung und eine nur alternativ gefaßte, noch keine endgültige Entscheidung des Rechtsstreits. Es stellt die Entscheidung ab auf die Leistung oder Verweigerung des Eides. Es ist selbständig anfechtbar. Erst nach Eintritt der Rechtskraft darf der Eid abgenommen werden (§ 460 II).

2. Ausnahmsweise kann der Eid auch durch Beschluß (Eidesbeschluß) auferlegt werden. Er ermöglicht eine sofortige Abnahme des Eides. Der Kreis dieser Fälle ist durch die Novelle von 1924 im § 461 erheblich erweitert worden. (Es ist die einzige Neuerung im Eidesbeweis, die uns die Novelle brachte). Diese steht auf dem Standpunkt, daß jedes entbehrliche Eidesurteil, durch das notwendigerweise eine Prozeßverzögerung hervorgerufen wird, vermieden werden soll. Die Beschlußform ist daher in folgenden vier Fällen zulässig:

a) Die Parteien sind über Erheblichkeit und Norm des Eides einverstanden.
b) Der Eid dient zur Erledigung eines Zwischenstreits.
c) Von der Leistung des Eides hängt die Entscheidung über ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel ab.
d) Das Eidesurteil wäre unzweifelhaft nicht anfechtbar.

Im Urkunden- und Wechselprozeß ist nur die Beschlußform möglich. Es soll hierdurch der Prozeß möglichst beschleunigt werden (§ 559 IV).

III. Auf den dritten Abschnitt des Normalverfahrens, die Tätigkeit des Gerichts, folgt der Abschnitt, in dem die Leistung des Eides geschehen soll. Nur für ein Tun des Delaten oder des Dritten, der für ihn den Eid zu leisten hat, ist er bestimmt. Der Gegner braucht nicht tätig zu werden, desgleichen nicht die Partei, zu deren Gunsten die Eidesleistung durch einen anderen geschieht, noch ihr Anwalt. Auf das Erscheinen dieser Personen kommt es nicht an (§ 367)[52]).

Denn die Eidesabnahme oder der Versuch, eine Eidesleistung zu erreichen, ist Beweisaufnahme. Der Termin zur Abnahme des Eides ist daher Beweistermin[53]). Aber die Beweisaufnahme bildet nur das Zentrum des sich an die Entscheidung, durch die der Eid auferlegt wird, anschließenden Verfahrens. Eingekleidet wird der Beweistermin von mündlicher Verhandlung[54]). Das erscheint auf den ersten Blick merkwürdig. Die Verhandlung tritt meist nicht in den Vordergrund. Sie macht dem sie an Bedeutung weit überragenden Eidesakt Platz. Ihr Inhalt ist ferner gegenüber der sonstigen mündlichen Verhandlung beschränkt. Er kann sich nur auf das Eidesverfahren beziehen; der ganze übrige Prozeßstoff hat auszuscheiden.

Sobald die Eidesabnahme möglich ist — bei Eidesurteil nach Eintritt der Rechtskraft, bei Eidesbeschluß sofort —, ist in dem nach Eintritt dieser Möglichkeit stattfindenden Termin Raum zur mündlichen Verhandlung vorhanden. Der Richter stellt fest, daß der Eid abgenommen werden kann; diese Feststellung kann Bestreitungsgegenstand einer Partei sein. Neue Behauptungen bezüglich des Eidesbeweises vorzubringen, ist den Parteien gestattet. Der Gegner kann geltend machen, daß die Eidesleistung überflüssig geworden sei, indem er auf ein Geständnis des Schwurpflichtigen nach Eidesauferlegung hinweist, oder bei einem Eidesbeschluß können für die Wahrheit oder Unrichtigkeit des Schwur-

[52]) Stein, § 465 II.
[53]) RG. 13,427.
[54]) Förster-Kann, § 462,2b/e.

themas von den Parteien neue Beweismittel angegeben werden, da noch kein Urteil ergangen ist. Die eidesbeschwerte Partei kann endlich den Antrag stellen, daß die Eidesleistung vor einem beauftragten oder einem ersuchten Richter stattfindet[55]). All' dieses Parteivorbringen und seine prozessuale Erledigung ist nicht Gegenstand der Beweisaufnahme, sondern hat die Beweisaufnahme zum Gegenstand, ist daher mündliche Verhandlung. Sie erledigt sich rasch, wenn von den Parteien keine Anträge gestellt werden und sofort zur Eidesabnahme geschritten wird. Im entgegengesetzten Fall kann die mündliche Verhandlung jedoch einen breiten Raum einnehmen.

Mit der Aufforderung des Richters an den Schwurpflichtigen, sei es nun Partei oder Dritten, den Eid zu leisten, beginnt gewöhnlich die Beweisaufnahme. Es steht aber nichts im Wege, daß ohne solche Aufforderung durch die schwurpflichtige Partei ein Beweisergebnis herbeigeführt wird, indem sie bereits in der mündlichen Verhandlung die Eidesverweigerung erklärt. Ebenso ist es zu bewerten, wenn der Prozeßbevollmächtigte für die Partei den Eid verweigert[56]).

Die Eidesabnahme kann sofort nach der mündlichen Verhandlung in demselben Termin erfolgen. Eine Trennung beider ist jedoch möglich, bei der kommissarischen Beweisaufnahme sogar notwendig. Die Parteien als solche scheiden hier aus. Der Schwurpflichtige tritt an ihre Stelle. Sein Verhalten unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung[57]). Steht das Beweisergebnis für den Richter fest, dann hat die Beweisaufnahme, der Beweistermin, sein Ende gefunden. Die mündliche Verhandlung, inhaltlich beschränkt oder beim Eidesbeschluß unbeschränkt, beginnt wieder.

IV. Zu den Formalien des Termins zur Eidesabnahme gehört, daß er ausdrücklich vom Gericht hierzu bestimmt ist. Wenigstens muß dies aus den gebrauchten Worten eindeutig

---

[55]) Stein, § 462 III,1.
[56]) Stein, § 464 II.
[57]) Förster-Kann, § 464,2a bb.

erhellen[58]). Ist der Termin nicht verkündet, so ist eine ordnungsgemäße, form- und fristgerechte Ladung des Schwurpflichtigen im amtsrichterlichen Verfahren auf Parteiantrag von Amtswegen (§ 497), im Anwaltsprozeß auf Parteibetrieb (§§ 214, 317) erforderlich (§ 218)[59]). Zuzustellen ist die Ladung an den Prozeßbevollmächtigten (§ 176). Zu laden ist die Partei, die den Eid angenommen hat, auch wenn sie den Eid persönlich nicht leisten soll. In letzterem Falle hat sie dafür Sorge zu tragen, daß der Schwurpflichtige im Termin zur Eidesleistung erscheint[60]). Bei einer Verkündung des Termins dagegen erübrigt sich eine Ladung.

§ 23. 2. Die Eidesleistung.

I. Ebenso wie die Eideserklärung enthält die Eidesleistung ein wichtiges Problem. Sie deutet die Frage nach der Rechtsstellung des Schwurpflichtigen an. Nur wenn man diese erkannt hat, läßt sich wieder das Verhalten im Einzelfall rechtlich werten. Die Rechtsstellung des Schwurpflichtigen — besteht denn eine Schwurpflicht? Oder hat der Gesetzgeber irrtümlich zu einem falschen Ausdruck gegriffen?

Die Lösung ist uns leichter als im ersten Kapitel gemacht. Denn erstens hat sich das Schrifttum nicht sehr mit der Frage beschäftigt. Das ist immerhin verwunderlich. Die Fiktion im § 465 deutet die Fragen doch ebenso an wie § 452 II. Man glaubte wohl, mit der Konstruktion einer Erklärungspflicht oder deren Verneinung diese erschöpfend behandelt zu haben! Und zweitens sind die Grundfragen bereits ausführlich behandelt. Wir können sofort in medias res gehen.

II. Die Fiktion im § 465: Im Fall des Nichterscheinens ist der Eid als verweigert anzusehen, ist das einzige Zwangsmittel, das das Eidesleistungsverfahren kennt. Auch wenn

[58]) KG. Rspr. 9, 109.

[59]) Stein, § 462 III,1; v. Seuffert, § 460,2; Förster-Kann, § 462,2a; Struckmann-Koch, § 462,2; Hellwig, System I S. 734,2b; — A. M. OLG. Cassel ZZpr. 15,17; OLG. Dresden ZZpr. 32,367.

[60]) Stein, § 465 II; v. Seuffert, § 450,2c; Förster-Kann, § 462,2c; — A. M. KG. Rspr. 11,85.

die Partei, der der Eid auferlegt ist, den Folgen der Eidesauferlegung durch Ausbleiben im Termin entgehen wollte, — auch wenn der Dritte, der den Eid für die Partei leisten soll, auf dieselbe Weise die ungünstigen Folgen von ihr abwenden wollte, werden diese dennoch vom Richter über die Partei erstreckt. Es knüpfen sich dieselben Folgen an das Nichterscheinen, wie wenn der Schwurpflichtige den Eid ausdrücklich verweigert hätte. Voraussetzung dieses Zwanges ist eine Pflicht der Partei; da der Pflichterfüllungszwang in Anwendung einer Fiktion besteht, so ist eine Pflicht zur eigenen Willensbetätigung, sei es zur Eidesleistung oder zum Erscheinen bei der Beweisaufnahme, abzulehnen. Es besteht nur eine Parteipflicht, die Folgen der Eidesabnahme über sich ergehen zu lassen. Jeder Widerstand, jede Passivität zieht die Folge einer solchen und zwar die Fiktion aus § 465 nach sich.. Diese Pflicht, die Beweisaufnahme über sich ergehen zu lassen, ist inhaltlich nicht verschieden von der Pflicht des Delaten, die Folgen der Zuschiebung, der Beweisantretung überhaupt, zu dulden. Beide lassen sich zu einer Eidesbeweispflicht des Gegners des Beweisbelasteten zusammenfassen, die nur in verschiedenen Stadien des Verfahrens, Beweisantretung oder Beweisaufnahme, in Erscheinung tritt.

III. Damit fällt auch die Bezeichnung des mit dem Eide Beschwerten als „Schwurpflichtiger". Immerhin darf man diesen gesetzlichen Ausdruck der Kürze und Einfachheit wegen, weil er einmal eingeführt ist, beibehalten. Man muß sich aber stets dessen bewußt bleiben, daß eine Schwurpflicht, d. h. Eidesleistungspflicht, nicht besteht. Der Eid kann vom Schwurpflichtigen ebenso wie sein Erscheinen zum Eidesleistungstermin nicht erzwungen werden. — Ein anderer Mangel des Ausdrucks liegt darin, daß man ihn auf einen Dritten, der für die Partei den Eid leisten soll, ausgedehnt hat. Die Frage, wer vom Gesetz gemeint ist, kann zu Unklarheiten Anlaß geben. Es sei deshalb, um Irrtümern vorzubeugen, gestattet, unter der Bezeichnung „der Schwur-

pflichtige“ jeden zu verstehen, der in Person den Eid leisten soll, sei es die Partei selbst oder der Dritte. Handelt es sich dagegen lediglich um die Partei, zu deren Vorteil die Eidesleistung erfolgt, so sei sie als „schwurpflichtige Partei“ bezeichnet.

IV. Verpflichtet, die Folgen der Eidesabnahme zu dulden, ist stets die schwurpflichtige Partei. Hier kompliziert sich die Sachlage im Gegensatz zum ersten Kapitel. Pflichterfüllung, Erklärung des Einverständnisses durch die Partei, und der die zu duldende Rechtswirkung erzeugende Tatbestand, Leistung oder Nichtleistung, fallen auseinander. Diese Tatsache bedarf keiner Erörterung für den Fall, daß als Schwurpflichtiger ein Dritter auftritt. Sein Verhalten, Leistung oder Verweigerung des Eides, ist von dem Willen der Partei unabhängig. Ihr Einverständnis muß aus anderen, zeitlich früher fallenden Vorgängen geschlossen werden. Nicht anders ist dann aber die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Partei den Eid selbst leisten soll. Auch hier muß die Pflichterfüllung der Leistung oder Nichtleistung vorangehen.

Ganz allgemein ist zu sagen, daß das Einverständnis der Partei vorliegt, wenn sie als Schwurpflichtiger in dem Termin anwesend ist oder das Erscheinen des schwurpflichtigen Dritten bewirkt hat. Bleibt dagegen im Beweistermin der Schwurpflichtige aus, so steht für das Gericht fest, daß sich die Partei entweder dem Eid entziehen will oder das Erscheinen des Dritten nicht bewirkt hat. In beiden Fällen ist ihr Einverständnis mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht erklärt, ihre Pflicht nicht erfüllt.

3. Die Leistungsverweigerung.

§ 24. a) Die Tatbestände.

I. Leistungsverweigerung setzt voraus, daß die Partei ihre Pflicht erfüllt, ihr Einverständnis mit dem Ergebnis der Eidesabnahme erklärt hat. Sie liegt vor, wenn der Eid nicht geschworen wird.

1. Hat die Partei den Eid selbst zu schwören, so liegt

Pflichterfüllung dann vor, wenn sie erstens in der mündlichen Verhandlung vor der Eidesabnahme keine Einwendungen gegen diese vorbringt oder mit solchen Einwendungen nicht durchdringt und dann im Beweistermin, bei der Aufforderung des Richters, noch anwesend ist. Ist sie dagegen mit der Person des Schwurpflichtigen nicht identisch, so ist ihr Einverständnis vorhanden, wenn sie der Eidesabnahme keine Schwierigkeiten bereitet und für die Anwesenheit des Schwurpflichtigen im Beweistermin sorgt.

2. Zu diesem zustimmenden Verhalten der schwurpflichtigen Partei muß für die Leistungsverweigerung das ablehnende Verhalten des Schwurpflichtigen hinzukommen. Das Gesetz gibt diesem nur die beiden Möglichkeiten: Leistung oder Verweigerung des Eides. Es liegt an ihm, die Wahl zu treffen. Leistet er den Eid nicht, so spricht die Vermutung dafür, daß er den Eid nicht schwören will. Es kann nur die andere Alternative in Betracht kommen. Läßt sich daher aus dem Verhalten des anwesenden Schwurpflichtigen ein auf Leistung gerichteter Wille nicht erkennen, so liegt Leistungsverweigerung vor. Damit sind den Fällen der Leistungsverweigerung weitere Grenzen gezogen als denen der Annahmeverweigerung. Dort handelte es sich um einen die Nichtannahme zum Ausdruck bringenden Willensvorgang, ein Verhalten bestimmter Art. Jetzt genügt das Nichtvorhandensein einer Tätigkeit, der Leistung, um eine Eidesverweigerung herbeizuführen. Sie ist namentlich vorhanden bei einer ausdrücklichen Erklärung, durch die die Leistung des Eides abgelehnt wird. Der Schwurpflichtige erklärt: „Ich kann den Eid nicht leisten". Neben dieser Normalerklärung steht die große Zahl der übrigen Fälle einer Leistungsverweigerung. Einige davon seien hier erwähnt. Der Schwurpflichtige gibt ausweichende Erklärungen ab. „Ich will den Eid lieber zurückschieben". Hier liegt eine unzulässige Erklärung vor; das Gericht wird den Schwurpflichtigen über diesen Mangel aufzuklären haben (§ 139). Bei erfolgloser Aufklärung steht die Leistungsverweigerung fest[61]). Oder der Schwurpflichtige

[61]) RG. 30. X. 1909 im Recht 13, Nr. 3825.

bittet um Bedenkzeit. Das Gericht wird zwischen Vertagung oder Hinweis auf die Unzulässigkeit nebst nochmaliger Aufforderung zur Leistung zu wählen haben. Vielleicht erklärt er auch, den Eid nach der festgesetzten Norm (§ 459) oder in der gesetzlichen Form (§§ 481, 484) nicht leisten zu können. Abänderung oder Annahme einer Eidesverweigerung steht im Ermessen des Gerichts; denn ein auf Leistung gerichteter Wille läßt sich nicht erkennen. Schließlich besteht die Möglichkeit, daß der Schwurpflichtige erklärt, eine genaue Erkundigung nicht eingezogen, eine sorgfältige Prüfung nicht angestellt zu haben. Eine Leistung des Eides würde Meineid bedeuten[62]). Das Gericht kann ihn deshalb nicht abnehmen, sondern wird entweder Vertagung anordnen[63]), wenn es sich einen vorübergehenden, behebbaren Mangel handelt, oder wird Eidesverweigerung annehmen, da ein auf Leistung gerichteter Wille fehlt.

II. 1. Wieder sind wie bei der Annahmeverweigerung die Grenzen zu ziehen gegen die übrigen Fälle, die Leistungsbereitschaft des Schwurpflichtigen wie die Kontumaz der schwurpflichtigen Partei. Einmal kann trotz scheinbarer Bereitwilligkeit des Schwurpflichtigen, den Eid zu leisten, ein auf Leistung gerichteter Wille nicht vorhanden sein. Die Möglichkeit ist eine doppelte. Schon in der Leistungserklärung kann eine Leistungsverweigerung enthalten sein. Der Schwurpflichtige erbietet sich zur Leistung eines beschränkteren Eides (§ 469). Erklärt er dazu, den Eid nur in der von ihm vorgeschlagenen Fassung leisten zu können, so liegt Leistungsverweigerung vor, wenn das Gericht nicht auf seinen Antrag eingeht[64]). Unterbleibt dagegen diese Hinzufügung, so ist der Schwurpflichtige nicht gebunden. Er kann den Eid noch in der ursprünglichen Form leisten[65]).

---

[62]) Olshausen, § 153,4.

[63]) Stein, § 464 II; OLG. Oldenburg in Seuff.Arch. 43,466 Nr. 306.

[64]) RG. 22. XI. 10 in Warn. Rspr. Erg. Bd. 1910/11, S. 111.

[65]) Stein, § 464 II; Rönnberg in ZZpr. 28,93; RG. 27. XI. 08 in Warn. Rspr. Erg. Bd. 1908/09 S. 151; RG. 22. XI. 10 in Warn. Rspr, Erg. Bd. 1910/11 S. 111; OLG. Dresden Rspr. 17,168 f.

Desgleichen ergibt sich zweitens auch dann eine Leistungsverweigerung, wenn aus dem Verhalten des Schwurpflichtigen zu schließen ist, daß er den Eid in einem bestimmten, der richtigen Auslegung nicht entsprechenden Sinne ablegen will[66]).

Eine Eidesverweigerung liegt dagegen nicht vor, wenn der Schwurpflichtige den Eid leisten will, im übrigen aber Erklärungen abgibt, aus denen sich die Unrichtigkeit des Schwurthemas ergibt[67]). Erklärt der Schwurpflichtige etwas, was der Behauptung des Gegners gleichkommt, so wird nach § 288 jede weitere Beweisaufnahme, also auch die Eidesabnahme überflüssig. „Die erhebliche Tatsache hatte nicht als bewiesen zu gelten, weil etwa die Schwurpflichtigen den Eid verweigerten, oder als verweigernd anzusehen waren (§ 464 Abs. 2 ZPO.), sondern umgekehrt, weil die Tatsache zugestanden war, fiel die Notwendigkeit und Möglichkeit des Eides fort"[68]). Auf die Ansicht des Schwurpflichtigen, es liege in seinen Worten kein Geständnis, kommt es nicht an. Die Abnahme eines solchen Eides wäre mit der Rechtsordnung unvereinbar.

2. Die Grenze des Gebietes der Leistungsverweigerung verläuft gegen die Kontumaz dort, wo noch ein Einverständnis der Partei mit den Folgen der Beweisaufnahme vorhanden ist. Das ist stets dann anzunehmen, wenn der Schwurpflichtige, Partei oder Dritter, im Beweistermin erscheint. Leistet ein Dritter den Eid, so ist das Erscheinen der Partei unerheblich. In dem Erscheinen des Dritten, für dessen Anwesenheit sie ja zu sorgen hat, liegt ihr Einverständnis. Sowie der Dritte nicht erscheint, ist das Einverständnis der Partei nicht vorhanden. Allerdings steht nichts im Wege, daß die Partei oder der Prozeßbevollmächtigte in einem solchen Falle

---

[66]) Förster-Kann, § 464,2a bb.

[67]) Rönneberg in ZZpr. 28,94; RG. 11. II. 13 im Recht 17, Nr. 987; — A. M. Stein, § 464 II; Neukamp, § 464,3; Förster-Kann, § 464,2a bb; RG. 24. X. 11. (JW. 1912 S. 45 f.); OLG. Kiel Rspr. 17,165; OLG, Darmstadt Rspr. 17,167 f.; OLG. Braunschweig, in Seuff.Arch. 46 Nr. 231; OLG. Hamburg in Seuff.Arch. 47 Nr. 240.

[68]) RG. 11. II. 13 im Recht 17 Nr. 987.

ausdrücklich das Einverständnis erklärt, indem sie an Stelle des nichterschienenen Dritten den Eid verweigern. Eine solche Erklärung dürfte aus Zweckmäßigkeitsgründen, da sie nur Vorteile für den Gegner bringt, einer Leistungsverweigerung durch den Schwurpflichtigen gleichzustellen sein. Gibt die allein anwesende schwurpflichtige Partei aber keine Erklärung ab, so ist ein Einverständnis mit den Folgen der Eidesabnahme, eine Leistungsverweigerung, nicht festzustellen. Vielmehr kann nur die Fiktion aus § 465 eintreten.

Auch eine Nichterklärung des anwesenden Schwurpflichtigen ist nach dem Gesagten eine Leistungsverweigerung. Nichterklärung und Nichterscheinen stehen hier nicht auf gleicher Stufe. An die Nichterklärung knüpfen sich für den Säumigen weit schwerere Folgen als an ein Ausbleiben im Schwurtermin. Man hat diese verschiedene Bewertung der beiden Vorgänge angefochten und auf ihre sonstige Gleichstellung im Prozeßrecht, nämlich im Versäumnisverfahren, hingewiesen[69]). Analog § 333 müßte bei einer Nichterklärung des Schwurpflichtigen § 465 anzuwenden sein, also nur die Fiktion der Eidesverweigerung dürfte eintreten. Dieser Analogieschluß ist abzulehnen[70]). In § 333 soll der Gegner des Säumigen davor geschützt werden, daß dieser durch sein Schweigen den Fortgang der Verhandlung verhindert und sich gegen ein Urteil verschanzt. Es ist eine Vorschrift zugunsten des Gegners des Schweigenden. Würden wir sie auf ein Nichterklären des Schwurpflichtigen anwenden, so würde der Schweigende dem Nichterschienenen gleichzustellen sein. Letzterer ist, soweit es sich um die Beseitigung der ungünstigen Rechtswirkungen handelt, bedeutend besser gestellt als der die Leistung ausdrücklich Verweigernde. Mithin würde der Nichterklärende, der Säumige, durch den Analogieschluß besser gestellt werden. Wir kämen zu einem Ergebnis, daß das Gegenteil des vom Gesetzgeber im § 333 gewollten Zweckes darstellt. Daher darf man schon aus diesem Grunde § 333 nicht anwenden,

[69]) v. Seuffert, § 465,2a; RG. 23,393.

[70]) Stein, § 464 II; § 465 II; Petersen, § 465,4; Struckmann-Koch. § 464,2 (ohne Begründung ihrer Ansicht).

ganz abgesehen von dem bedenklichen Analogieschluß von einer mündlichen Verhandlung auf einen Beweistermin. Auch bei einer Nichterklärung des erschienenen Schwurpflichtigen liegt eine Leistungsverweigerung vor.

§ 25. b) Die Folge.

Leistungsverweigerung bedeutet Verlust eines Rechtsbehelfs. Ihre Folge besteht darin, daß der Eid verweigert und das kontradiktorische Gegenteil des Schwurthemas für den konkreten Prozeß voll bewiesen, nicht nur zugestanden ist (§ 464 II)[71]. Das Gegenteil sind die Behauptungen des Gegners.

Diese Folge ist, wenn der Eid durch bedingtes Endurteil auferlegt war, in dem Läuterungsurteil auszusprechen. Zwischen Läuterungsurteil und Leistungsverweigerung schiebt sich wieder die mündliche Verhandlung. Sie beginnt mit der richterlichen Feststellung, daß der Eid verweigert ist. Nur für diese und solches Vorbringen der Parteien, das die Eidesverweigerung und ihre Wirkung sowie das Urteil angeht, ist sie bestimmt[72]). Einwendungen, die nach Erlaß des bedingten Endurteils entstanden, sind im Wege der Klage nach § 767 geltend zu machen[73]). Beschränkt sich die mündliche Verhandlung auf die Feststellung der Leistungsverweigerung, so wird sie kaum in Erscheinung treten. Sie wird dann eine größere Bedeutung haben, wenn die unterlegene Partei gegen das Läuterungsurteil vorgeht. Diese stellt z. B. einen Antrag auf Abwendung der vorläufigen Vollstreckbarkeit. Sogar eine zeitliche Trennung von Leistungsverweigerung und mündlicher Verhandlung ist möglich, wenn ein beauftragter oder ersuchter Richter den Eid abzunehmen hat. Hier muß vor dem Prozeßgericht in einer neuen mündlichen Verhandlung festgestellt werden, daß der Eid verweigert ist. — War in dem Eidesurteil ausgesprochen

---

[71]) Stein, § 464 III; RG. 11,421.

[72]) Stein, § 462 III,3 und eine Reihe gerichtlicher Entscheidungen, z. B. RG. 17,342 ff.; 42,372 ff.

[73]) Stein, § 462 III,3.

worden, daß nur bei einer Alternative ein Endurteil ergehen durfte, in dem anderen Falle dagegen das Verfahren seinen Fortgang nehmen müsse (inkorrektes Endurteil), so ist im zweiten Falle weiter zu verhandeln[74]).

Ist der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt worden, so nimmt das Verfahren mit der Änderung seinen Fortgang, daß das Gegenteil des Schwurthemas voll bewiesen ist.

§ 26. c) Die Beseitigung der Wirkung.

Durch die Leistungsverweigerung wird ein Rechtsbehelf der schwurpflichtigen Partei, der Eid, für den konkreten Prozeß ausgeschlossen. Damit ist noch nichts über eine Beseitigungsmöglichkeit dieser ungünstigen Lage gesagt. Denkbar wäre eine Beseitigung des Tatbestandes, also gewöhnlich der Erklärung, wodurch die Wirkungen von selbst fortfielen. Möglich wäre auch, daß diese Wirkung, das Beweisergebnis, aus der Welt geschafft werden könnte. Oder anders ausgedrückt: Die Eidesverweigerung könnte widerrufen bzw. angefochten oder ihr Ergebnis durch Gegenbeweis entkräftet werden. Die herrschende Meinung lehnt radikal jede Beseitigungsmöglichkeit ab[75]).

I. Mit der herrschenden Meinung ist eine Widerrufsmöglichkeit der abgegebenen Erklärung, die nachträgliche Leistung des einmal verweigerten Eides, abzulehnen. Die Eidesverweigerung ist vorhanden. Ein Irrtum über ihren Inhalt oder der Wille, eine solche Erklärung nicht abgeben zu wollen, können an diesem Ergebnis nichts ändern. Mit Rücksicht auf die Prozeßsicherheit kann man von den Parteien mehr Verantwortungsbewußtsein verlangen als im Verkehr des täglichen Lebens. Das Erklärte, nicht das Gewollte hat zu gelten[76]). Ebenso erscheint eine Anfechtung nach § 119 BGB. ausgeschlossen. Die Zivilprozeßordnung folgt ihren eigenen Regeln über Beseitigung von Erklärungen (z. B. § 290)[77]).

[74]) Förster-Kann, § 462,1b aa.

[75]) Stein, § 464 III; Förster-Kann, § 464,2b; RG. 18,401; 23,388: KG. ZZpr. 17,389 f.; KG. Rspr. 17,169.

[76]) Schwabe, ZZpr. 40,471; — A. M. v. Seuffert, § 464,1; Neukamp. § 464,4; RG. 69,262 f.; OLG. Marienwerder Rspr. 5,71.

[77]) A. M. Walsmann ArchzivPrax. 102,151 f.

II. 1. Mit der Ablehnung eines Widerrufs oder der Anfechtungsmöglichkeit ist aber noch nichts über die Möglichkeit eines Gegenbeweises gesagt. Die herrschende Lehre argumentiert: § 463 II beschränkt bei der Leistung des Eides den Gegenbeweis auf ein Minimum. § 464 II erwähnt überhaupt nichts von einer solchen Möglichkeit bei der Eidesverweigerung. Also ist sie hier ganz ausgeschlossen. — Ferner spricht die Vermutung dafür, daß der Schwurpflichtige den Eid nicht leisten kann. Daher darf ein Gegenbeweis nicht gestattet sein.

2. Gegen dieses Ergebnis sprechen jedoch folgende drei Gesichtspunkte:

a) § 464 II spricht nicht von einem Gegenbeweis. Daraus folgt jedoch nicht, daß er diesen ausschließt. Als Grundsatz im Prozeß darf wohl gelten, daß gewöhnlich der Gegenbeweis zugelassen ist. Eine Beschränkung darf nur bei einer ausdrücklichen Bestimmung eintreten (z. B. § 463 II). Also ist die Folgerung der herrschenden Meinung nicht schlüssig[78]).

b) In § 464 II ist ferner bestimmt, daß die Eidesverweigerung vollen Beweis erbringt. Voller Beweis heißt ausreichender Beweis, nicht unwiderleglicher Beweis. Diese Auffassung wird auch durch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen nicht widerlegt. Man ersetzte das Wort „zugestanden" durch „voll bewiesen", um hier die Widerrufsmöglichkeit wie bei einem Geständnis zu beseitigen. Nicht wollte man aber dadurch den Gegenbeweis verhindern[79]). Wie an ähnlichen Stellen (§§ 415 I; 418 I) müßte der volle Beweis auch hier Gegenbeweis zulassen. Daß in den angeführten Paragraphen diese Möglichkeit ausdrücklich erwähnt ist, beruht auf anderen Gründen[79a]).

c) Betrachtet man zum Schluß die Eidesleistung im Verhältnis zur Eidesverweigerung, so gewährt das durch erstere erzielte Beweisergebnis weit größere Sicherheit. Denn

---

[78]) Schwabe in ZZpr. 40,479.

[79]) Schwabe a. a. O. S. 480.

[79a]) Nähere Ausführungen bei Schwabe a. a. O. S. 474—480.

hier besteht die Vermutung, daß der Schwurpflichtige aus Furcht vor Strafe keinen Meineid leistete. Nicht so schwer wiegt dagegen bei der Eidesverweigerung die Vermutung, daß er den Eid verweigerte, weil er sonst einen Meineid leisten würde. Es gibt eine Reihe Fälle, in denen allzu große Vorsicht und nicht die Unwahrheit des Eidesthemas den Schwurpflichtigen von der Eidesleistung abhielt. Warum sollte hier der Gegenbeweis ausgeschlossen, bei der Eidesleistung dagegen beschränkt zulässig sein? Warum soll die Vermutung, daß das Beweisergebnis unrichtig ist, bei der Eidesverweigerung unwiderlegbar sein? Das Ergebnis müßte gerade umgekehrt lauten[80]).

3. Dennoch erscheint mir das Ergebnis dieser scharfsinnigen Betrachtungen, zu dem Schwabe gelangt, die Zulassung des Gegenbeweises, zweifelhaft. Es läßt sich mit dem Wesen des Eides als eines subsidiären Beweismittels schlecht vereinigen. Wo andere Beweismittel versagten, da soll ein aushilfsweiser, formaler Notweg beschritten werden, der wahrscheinlich das richtige Ergebnis bringen wird. Auch nach Zuschiebung haben die Parteien Gelegenheit, andere Beweismittel geltend zu machen (§ 453 Satz 2). Kommt es aber, da diese fehlen, zur Eidesabnahme, zur Aufnahme des subsidiären Beweises, dann erscheint ein Vorbringen neuer Beweismittel begrifflich ausgeschlossen. Sind der Partei diese erst später in die Hände gelangt, so ist es ihr Pech. Nicht besser ist ja auch der Gegner gestellt, der gewöhnlich im Falle der Eidesleistung keinen Gegenbeweis führen darf, auch wenn er zu einem solchen in der Lage wäre.

Auch der beschränkt zulässige Gegenbeweis des § 463 II ändert an diesem Ausschluß sämtlicher Beweismittel nach erfolgter Eidesabnahme nichts. Er beruht auf dem Gedanken, daß der Gegner der schwurpflichtigen Partei schutzlos einem Meineide ausgesetzt wäre. Darum gestattet ihm das Gesetz in einem solchen Falle ausnahmeweise den nach dem Eidestermin unzulässigen Gegenbeweis. Die schwurpflichtige

[80]) Schwabe a. a. O. S. 482—483.

Partei bedarf dieses Schutzes nicht. In ihrer Hand liegt die Leistung oder Verweigerung des Eides. Gegen Irrtum aber muß sie sich selbst schützen. Diese Verantwortung darf man ihr im Prozeß auferlegen. Durch das, was sie erklärt, muß sie gebunden sein. Der Gegenbeweis ist daher bei der Leistungsverweigerung ausgeschlossen.

III. Als notwendige Folgerung des Standpunktes der herrschenden Meinung erscheint es, daß auch in der Berufungsinstanz die Leistungsverweigerung bestehen bleibt und ihre unbeschränkbare Wirkung behält. Das Gesetz hat die Unwiderruflichkeit dort besonders ausgesprochen (§ 533 II).

§ 27. d) Ergebnis.

Als Ergebnis erhalten wir:

1. Das Gesetz regelt die Leistungsverweigerung am vollkommensten.
2. Diese liegt vor, wenn aus dem Verhalten des anwesenden Schwurpflichtigen ein auf Leistung gerichteter Wille nicht erkennbar ist.
3. Sie setzt die Bekundung des Einverständnisses durch die Partei voraus, daß diese ihre Pflicht, die Folgen der Eidesabnahme zu erdulden, zu erfüllen bereit ist.
4. Ihre Wirkung ist Praeklusion des Rechtsbehelfs der Eidesleistung.
5. Diese tritt mit der richterlichen Feststellung, daß der Eid verweigert ist, ein.
6. Diese Wirkung ist nicht zu beseitigen.

4. Das Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Beweistermin.

A. Die Eidesabnahme vor dem Prozeßgericht.

§ 28. a) Gesetz und Schrifttum.

I. Den letzten Fall einer Eidesverweigerung bildet das Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Beweistermin, d. h. in dem für die Eidesabnahme bestimmten Verfahrensabschnitt. Diese kann vor dem Prozeßgericht erfolgen oder einem beauftragten oder ersuchten Richter obliegen. Der Klarheit

wegen empfiehlt es sich, für das Nichterscheinen die beiden Fälle zu trennen.

II. Das Schrifttum hat sich mit den an diesen Fall anknüpfenden Fragen rege beschäftigt. Dieses merkwürdige Interesse für einen Einzelfall der Eidesverweigerung erklärt sich wohl besonders daraus, daß hier die Novelle von 1898 eine Änderung brachte und so die Aufmerksamkeit der Wissenschaft und ihre Kritik auf ihn gelenkt hat.

1. § 430 der Zivilprozeßordnung von 1877 bestimmte: „Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termin nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei". Gegen dieses Versäumnisurteil, das als Versäumnis-Zwischenurteil behandelt wurde, fand der Einspruch statt. Erst nach der formellen Rechtskraft konnte man in die Verhandlung zur Hauptsache eintreten. So war durch diese unpraktische Vorschrift Raum für eine böswillige Prozeßverschleppung gegeben.

Die Gesetzgebung suchte zu reformieren. Den Weg wies ihr das von der alten Zivilprozeßordnung abweichende Gewerbegerichtsgesetz von 1890 (§ 46). Dieses hatte das umständliche Versäumnisurteil aufgegeben und ging schneidiger vor. Ohne weiteres sollte der Eid als verweigert anzusehen und wenn möglich das Endurteil zu fällen sein. Ganz so radikal war die Novelle nicht. Sie ließ zwar das Versäumnisurteil fallen; zu einer Eidesverweigerung bedurfte es aber nunmehr noch eines besonderen Antrags des Gegners. Auch sollte die Partei, wenn der Schwurpflichtige unverschuldet den Termin versäumte, nicht schonungslos den unabwendbaren Folgen einer Leistungsverweigerung ausgesetzt werden. Innerhalb der Notfrist von einer Woche kann der Säumige den Eid nachholen.

2. Bei dieser Regelung ist eine längere Prozeßverschleppung durch den böswilligen Schwurpflichtigen ausgeschlossen. Immerhin sind Bedenken über die Vorteilhaftigkeit der Änderung aufgetaucht. Der unverschuldet Säumige, gegen den die Notfrist ohne Rücksicht auf seine Kenntnis läuft, befindet sich in einer üblen Lage. Auch ist

die Möglichkeit widersprechender Urteile dadurch, daß Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Notfrist beantragt wird, gegeben. Beide Mängel haben bewirkt, daß von verschiedenen Seiten gegen die neue Regelung, die von einem Schriftsteller allerdings als „beinahe mustergültig" bezeichnet wird[81]), Sturm gelaufen wurde[82]).

3. Neben diesen rechtspolitischen Erwägungen berechtigt aber vor allem die unklare Gesetzesfassung der §§ 465—468 zu einer Kritik. Die Voraussetzung für die Fiktion bildet der im § 465 vorgeschriebene Antrag des Gegners. Dieser Antrag ist das Schmerzenskind sämtlicher wissenschaftlichen Untersuchungen[83]). Es mag sein, daß ihn der Gesetzgeber versehentlich bei der Neuregelung übernommen hat. Warum könnte nicht die Versäumnisfolge ohne Mitwirkung des Gegners eintreten? Im Gewerbegerichtsgesetz von 1890 (§ 46) bedurfte es ja auch keines Antrags. Zu entbehren wäre er auf jeden Fall gewesen. Er ist nun aber einmal eingeführt; man darf über ihn nicht hinweggehen.

Es ergeben sich folgende Unklarheiten:

§ 465 bestimmt, daß der Eid „auf Antrag" als verweigert anzusehen sei.

§ 466 gestattet die „Beseitigung der Versäumnisfolge des zur Eidesleistung bestimmten Termins". Dieser Antrag „ist nur innerhalb der Notfrist von einer Woche nach dem Termin" zulässig.

§ 467 I spricht davon, daß der Eid „infolge der Versäumung des Termins als verweigert gilt".

§ 467 II ordnet an, daß bei einer kommissarischen Beweisaufnahme, wenn der Schwurpflichtige innerhalb der Notfrist die Abnahme des Eides beantragt, zu diesem Zwecke ein neuer Termin anzuberaumen ist.

Unklar ist die Bedeutung des Antrags aus § 465, strittig der Beginn der Notfrist des § 466. Beide Fragen hängen

---

[81]) Brettner, in ZZpr. 26,356.

[82]) Stein, § 465 I; Neukamp, § 465,1; Wach in DJZ. 3,68; Stein in ZZpr. 24,237 ff.; Jastrow in DJZ. 3,31 f.; Zeyß in DJZ. 6,68 f.; zum Teil auch Auerbach in JW. 1899, 468.

[83]) Vgl. Neukamp, § 465,2.

eng zusammen. Theoretisch ergeben sich drei Meinungen, die allerdings in der Literatur bei Einzelfragen voneinander abweichen.

a) Der Antrag beendet die Beweisaufnahme, von seiner Zulassung läuft die Notfrist an. Hierfür spricht der Wortlaut der §§ 465, 466 Satz 1, dagegen § 466 Satz 2, § 467 II.

b) Für das Beweisergebnis ist der Antrag bedeutungslos, die Notfrist beginnt stets mit Versäumung des Termins. Diese Ansicht hat den Wortlaut der §§ 466 Satz 2, 467 II für sich, die §§ 465, 466 Satz 1 gegen sich.

c) Eine Mittelmeinung steht auf dem Standpunkt der ersten Ansicht, hält sich aber hinsichtlich der kommissarischen Beweisaufnahme an die zweite Meinung.

Mir erscheint diese vermittelnde Ansicht allzu willkürlich. Es mag zugegeben werden, daß sie es versteht, sich mit allen heranzuziehenden Gesetzesstellen am besten in Einklang zu setzen. Das allein genügt nicht. Es muß festgestellt werden, ob das Gesetz eine solche Behandlung auch gewollt hat. Aber es ist unklar, warum bei der prozeßgerichtlichen Eidesabnahme eine Mitwirkung des Gegners erforderlich sein sollte, bei der kommissarischen dagegen nicht. Hätte das Gesetz die Unterscheidung gewollt, so hätte es sie jedenfalls deutlicher im § 465 zum Ausdruck gebracht.

Der unbewußte Dualismus im Gesetz — auf der einen Seite Eintritt der Fiktion infolge Antrags des Gegners, auf der andern Eintritt der Fiktion infolge Versäumung des Termins — darf sich in der Praxis nicht auswirken. Entweder muß bei prozeßgerichtlicher und kommissarischer Beweisaufnahme die Notfrist ohne Rücksicht auf den Antrag laufen, der später in der mündlichen Verhandlung gestellt werden kann und dem auf der Versäumung des Termins beruhenden Beweisergebnisse Wirksamkeit verleiht. Oder das Beweisergebnis ist nur durch Stellung des Antrags möglich, die Notfrist läuft von jetzt ab. Im Gegensatz zur herrschenden Ansicht stehe ich auf dem letztgenannten Standpunkt. Hat die Novelle im Gegensatz zum Gewerbegerichtsgesetz von 1890 die Mitwirkung des Gegners eingeführt, so darf man

sie niemals übersehen. Es muß an den einzelnen Stellen versucht werden, diese Auffassung mit dem widersprechenden Gesetzestext in Einklang zu bringen und die Gegenmeinung, soweit es überhaupt möglich ist, zu widerlegen.

§ 29. b) Die Tatbestände.

Die Eidesverweigerung liegt vor, wenn der Schwurpflichtige in dem Beweistermin nicht erscheint.

Sie hängt also ab von dem Verhalten des Schwurpflichtigen, d. h. der Partei, die den Eid in Person, oder des Dritten, der den Eid für die Partei leisten soll. In beiden Fällen ist nicht zu erkennen, ob die Partei mit ihrer Pflicht, die Folgen der Eidesabnahme zu dulden, einverstanden ist. Denn sie selbst ist entweder nicht erschienen noch hat sie für das Erscheinen des Dritten gesorgt. Allerdings kann hier, wie bereits ausgeführt, der Prozeßbevollmächtigte für die Partei oder die Partei für den Dritten den Eid verweigern. Dann haben wir es mit einer Leistungsverweigerung zu tun[84]). Im übrigen kommt es aber nur auf die Anwesenheit des Schwurpflichtigen, nicht der schwurpflichtigen Partei oder eines zur Verhandlung legitimierten Prozeßbevollmächtigten oder eines gesetzlichen Vertreters (§ 473) im Beweistermin an[85]).

Beweistermin heißt der für die Eidesabnahme angesetzte Verfahrensabschnitt, nicht schon die diesem vorausgehende mündliche Verhandlung zur Feststellung der Möglichkeit der Eidesabnahme. Er beginnt mit Aufforderung des Richters oder bei Abwesenheit des Schwurpflichtigen mit der richterlichen Feststellung, daß jetzt der Eid abgenommen werden könnte. Es besteht in ihm für den Gegner die Möglichkeit, den Antrag aus § 465 zu stellen. Sie schließt ab mit der Feststellung, daß dem Antrag aus § 465 stattgegeben sei, oder mit der Vertagung der Eidesabnahme durch das Gericht bei Nichtstellung des Antrags. Bis zum Schlusse der Verhandlung über den Antrag kann also der Schwur-

[84]) Stein, § 465 III.

[85]) Stein, § 465 II a. A.; Förster-Kann, § 465,2a cc.

pflichtige erscheinen und den Eid nachholen, weil die mündliche Verhandlung noch nicht begonnen hat[86]).

Notwendig für die Eidesverweigerung ist, daß der Schwurpflichtige im Beweistermin nicht erscheint. Dem Nichterscheinen steht freiwilliges Entfernen vor Beginn des Schwurtermins, also vor einer Aufforderung zur Eidesleistung, gleich.

§ 30. c) Die Folge.

I. Nichterscheinen des Schwurpflichtigen bedeutet mangelndes Einverständnis der Partei mit ihrer Pflicht, die Wirkungen der Eidesabnahme zu dulden. Erfüllungszwang wird notwendig. Die Folgen der Eidesabnahme werden gleichwohl an das passive Verhalten geknüpft und hinsichtlich dieser Wirkung eine Eidesverweigerung und zwar eine Leistungsverweigerung fingiert. Der Eid ist als verweigert anzusehen (§ 465). Der Eintritt dieser Rechtswirkung ist an gewisse Voraussetzungen gebunden.

1. Es muß einmal eine Prüfung des Gerichts voraufgehen, die feststellt, daß Versäumnis des Schwurpflichtigen vorliegt. Bei dieser Prüfung wird zu ermitteln sein, ob die Partei, nicht der Schwurpflichtige, ordnungsmäßig und rechtzeitig geladen war. Ist hier ein Mangel vorhanden, so hat das Gericht einen neuen Termin zur Eidesabnahme von Amtswegen zu bestimmen (arg. § 335 I, 2)[87]). Ferner kann das Gericht den Termin zur Eidesleistung vertagen (arg. § 337), wenn es dafür hält, daß der Schwurpflichtige durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden ist. Der nichterschienene Schwurpflichtige ist zu einem neuen Termin zu laden. Diesen Vertagungsantrag kann auch die Partei, für die ein Dritter den Eid zu leisten hat, oder ein Vertreter für die Partei stellen. Wird dem Antrag stattgegeben, so ist der Eintritt der Fiktion nicht möglich.

2. Eine zweite Grundlage für die Fiktion bildet der in § 465 vorgeschriebene Antrag des Gegners.

---

[86]) v. Seuffert, § 465,2a a. A.

[87]) v. Seuffert, § 465,2a.

Dieser hat den Inhalt, daß der Eid als verweigert anzusehen sei. Auf Herbeiführung eines bestimmten Beweisergebnisses zielt er ab[88]). Damit ist er Teil der Beweisführung, an der beide Parteien teilnehmen. Nicht eine Entscheidung, sondern eine prozessuale Situation ist der unmittelbare Zweck[89]). So gelten für den Antrag nicht die Formvorschriften des § 297. Eine Protokollierung ist ebenfalls nicht nötig[90]). Erst die Entscheidung über den Antrag bedeutet Beweisergebnis, Abschluß der Beweisaufnahme[91]). Aus dem Wesen des Antrags als Teil der Beweisaufnahme folgt, daß er nur im gegenwärtigen oder in dem sich an diesen anschließenden Beweistermin gestellt werden kann. Zulässig ist er also nur, solange die mündliche Verhandlung nicht begonnen hat[92]). Eine weitergehende Meinung[93]), die die Zulässigkeit dieses Antrags als einer Beweiseinrede (!) verlängert bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, ist abzulehnen. Ausgehend von dem Grundsatz, daß dieser Antrag Bestandteil der mündlichen Verhandlung sein soll, gelangt sie zu ihrem Ergebnis. Als Gegenbeweis diene folgende scharfe und klare Argumentation, die Osterrieth (JW. 1902 S. 388 f.) gibt: Der Beginn der Notfrist im § 466 setzt zweierlei voraus. Erstens muß der versäumte Schwurtermin unmittelbar abgelaufen sein. Zweitens ist die Stellung des Antrags aus § 465 erforderlich. Wird der Antrag aus § 465 nicht gestellt, so kann die Notfrist nicht beginnen, da die zweite Voraussetzung nicht erfüllt ist. Wird er nach Ablauf des Schwurtermins gestellt, so kann sie nicht beginnen, da es an der ersten Voraussetzung mangelt.

---

[88]) Hellwig, System I S. 736 Anm. 36; — A. M. Stein, § 465 III; v. Seuffert, § 465,2b; Förster-Kann, § 465,3; Neukamp, § 465,2 (der an eine Prozeßrüge denkt).

[89]) Förster-Kann, § 465,3.

[90]) Stein, § 465 III; Förster-Kann, § 465,3.

[91]) Stein, § 465 IV,1; Petersen, § 465,5; — A. M. Neukamp, § 465,2; Skonietzki-Gelpcke, § 465,3.

[92]) Vgl. Neukamp, § 465,4 IA b γ, der zwar den Fiktionsantrag Bestandteil der mündlichen Verhandlung sein läßt, seine Zulässigkeit aber stark mit Rücksicht auf die Prozeßsicherheit beschränkt.

[93]) Kroschel, ZZpr. 28,131.

Beide, Schwurtermin und Antrag, können nur gleichzeitig sein, der Antrag kann nur im Beweistermin gestellt werden.

Wird der Antrag nicht gestellt, dann ist ein Beweisergebnis nicht zu erzielen, die Beweisaufnahme noch nicht abgeschlossen. Es wird dem Gericht nichts weiter übrig bleiben, als einen neuen Beweistermin anzuberaumen[94]). Nicht möglich ist ein Versäumnisurteil, da ja keine mündliche Verhandlung stattfindet[95]). Immerhin muß man dem Gericht freie Hand lassen. Ein dauerndes Ausbleiben des Schwurpflichtigen in mehreren Terminen und eine saumselige Untätigkeit des Gegners, der den Antrag aus § 465 nicht stellt, können den Prozeß unnötig in die Länge ziehen. Zu erinnern ist an das dem Gericht zur Verfügung stehende Mittel, nach § 251 a eine Entscheidung nach Lage der Akten zu fällen, oder neuen Termin zur mündlichen Verhandlung anzusetzen und den Parteien bekanntzugeben.

II. Wird der Fiktionsantrag gestellt, so ist über ihn zu entscheiden. Das Gericht braucht ihm nicht stattzugeben. Es darf seine Stellung zu dem Eide immer noch ändern, beispielsweise ihn für unerheblich erklären[96]), oder einen neuen Termin zur Eidesleistung bestimmen, weil es ihn für erforderlich hält (§ 368). Bei einem Beweisbeschluß können sogar noch neue Beweismittel von einer Partei geltend gemacht werden (§ 453)[97]).

Das Gericht beschließt über den Antrag. Beschlußform ist zulässig[98]), Zwischenurteil dagegen nicht, weil es sich nicht um einen Zwischenstreit handelt[99]). Gibt das Gericht dem Antrag statt, dann ist die Beweisaufnahme erledigt. Die mündliche Verhandlung beginnt (§ 370 I) mit der Grundlage, daß der Eid als verweigert, das

---

[94]) Stein, § 465 IV,1a; Hellwig, System I S. 736 Anm. 30; Osterrieth in JW. 02,389.

[95]) A. M. Kroschel ZZpr. 28,124.

[96]) RG. 25,360.

[97]) Conrades im Recht 7,523; OLG. Stuttgart Rspr. 15,140.

[98]) Stein, § 465 III.

[99]) Förster-Kann, § 465,3; — A. M. Brettner ZZpr. 26,357; Kroschel ZZpr. 28,133.

Gegenteil des Schwurthemas als unwiderleglich bewiesen gilt (poena recusati). Diese Wirkung bleibt auch in der Berufungsinstanz bestehen. Denn in § 531 wird dieser Fall nicht erwähnt[100]). Das Verfahren nimmt seinen Fortgang.

1. War ein Eidesurteil ergangen, so ist die mündliche Verhandlung nur zur Läuterung bestimmt. Neue Behauptungen dürfen nicht vorgebracht, neue Beweise nicht geltend gemacht, neue Anträge nicht gestellt werden; der Gegner darf nicht Versäumnisurteil, sondern lediglich kontradiktorisches Endurteil beantragen, die unterlegene Partei nur Einwendungen gegen dieses Urteil vorbringen[101]).

2. Ist dagegen der Eid durch Beschluß auferlegt worden, so wird die Eidesverweigerung dem weiteren Verfahren zugrunde gelegt. Die vom Gegner behauptete Tatsache gilt als unwiderleglich bewiesen. Neue Beweise über die Unrichtigkeit dieser Tatsache können daher nach § 453 nicht mehr vom Unterlegenen geltend gemacht werden. Hier empfiehlt es sich ferner, den Antrag aus § 465 mit einem Antrag auf Versäumnisurteil gegen den nicht anwesenden oder nicht verhandelnden Gegner zu verbinden (§§ 330, 331). Wird durch Beschluß über den ersten Antrag die Eidesverweigerung festgestellt, so setzt gleichzeitig in vollem Umfange die mündliche Verhandlung ein und ein Versäumnisurteil ist möglich[102]), es sei denn, daß die Entscheidungsgrundlage bereits hergestellt ist.

§ 31. d) Die Beseitigung der Fiktion.

I. Die Neuregelung der Novelle von 1898 hat gegen die Versäumnisfolge eine Beseitigungsmöglichkeit im § 466 gebracht. Die schwurpflichtige Partei kann nachträglich innerhalb der Notfrist von einer Woche nach dem Termin bei dem Gerichte die Abnahme des Eides beantragen.

---

[100]) Stein, § 465 III; v. Seuffert, § 465,4.

[101]) Stein, § 465 IV,2; — A. M. Kroschel, ZZpr. 28,125.

[102]) Stein, § 465 IV,1b; v. Seuffert, § 465,3b; Neukamp, § 465,4 I Ay; Kroschel ZZpr. 28,124.

1. Das Gesetz nennt als Antragsteller den Schwurpflichtigen. Es meint damit die Partei, durch die persönlich oder für die durch einen Dritten der Eid geleistet werden soll[103]). Die Stellung, die das Gesetz dem Dritten gibt, berechtigt nicht zu der Auffassung, daß dieser selbsttätig in den Prozeß eingreifen darf. Er ist lediglich dazu da, die von der Gegenpartei unter Eid gestellten Tatsachen zu beschwören. Wäre daher der Antrag aus § 466 von ihm zu stellen, so wäre das eine Abnormität. Sie müßte im Gesetze erwähnt sein. Das ist nicht der Fall[104]).

2. Der Inhalt des Antrags muß darauf gerichtet sein, daß das Gericht den Eid abnehmen soll. Es genügt jede Erklärung, durch die die Partei unzweideutig mitteilt, daß sie die nachträgliche Abnahme des Eides wünscht[105]). Eine Begründung ist nicht erforderlich. Insbesondere braucht der Antragsteller nicht nachzuweisen, daß den Schwurpflichtigen ein Verschulden hinsichtlich des Ausbleibens im ersten Termin nicht trifft[106]).

3. Der Antrag ist bei dem Prozeßgericht einzureichen. Es genügt eine zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegebene Erklärung. Damit ist für sie der Anwaltszwang aufgehoben (§ 78 II)[107]). Wenn es im Anwaltsprozeß nicht einmal eines Anwalts bedarf, so können wir daraus den Schluß ziehen, daß das Gesetz im § 466 keine genau einzuhaltenden Formvorschriften geben, sondern größtmöglichste Formfreiheit gewähren wollte. Dem Antragsteller wollte es die Nachholung der versäumten Eidesleistung erleichtern[108]). Es genügt daher eine wenn auch unnötige Ladung des Antragstellers an den Gegner zum Erscheinen im Termin zur Abnahme des Eides oder ein Antrag auf kommissarische Eides-

---

[103]) v. Seuffert, § 466,2; Petersen, § 466,1; ungenau Stein, § 466 I,1.

[104]) v. Seuffert, § 450,2c.

[105]) Förster-Kann, § 466,3c; OLG. Cassel Rspr. 3,142; OLG. Hamburg Rspr. 19,117; OLG. Kolmar 30. IX. 09 im Recht 13 Nr. 3123.

[106]) Stein, § 466 I.

[107]) Stein, § 466 I,1.

[108]) OLG. Hamburg Rspr. 19,117.

abnahme nach § 479 I. Aus solchen Erklärungen ergibt sich ohne weiteres für das Gericht der Wille, eine nachträgliche Leistung des Eides zu bewirken. Den Erfordernissen des § 466 ist genügt.

4. Der Antrag muß nachträglich gestellt werden. Er ist also erst nach Erledigung der Beweisaufnahme zulässig. Diese findet ihr Ende, sobald dem Antrag aus § 465 stattgegeben wird. Wie bis zu diesem Zeitpunkt eine Leistung des Eides noch möglich war, ist von jetzt ab die Stellung des Antrags aus § 466 gestattet. Es kann z. B. der in der unmittelbar folgenden mündlichen Verhandlung anwesende Prozeßbevollmächtigte den Antrag stellen[109]).

5. Der Antrag muß gestellt werden innerhalb der Notfrist von einer Woche nach dem Termin. Diese Notfrist nimmt ihren Anfang, sobald der Antrag aus § 466 zulässig ist[110]), also mit dem Schluß der Beweisaufnahme, mit der Feststellung der Eidesverweigerung[111]). Eine wörtliche Auslegung des § 466, die den im ersten und zweiten Satz genannten Termin identifiziert — wie es die den Fiktionsantrag übergehende Gegenmeinung tut — würde ein anderes Ergebnis zeitigen. Nach ihr würde die Notfrist bereits mit dem Schluß des ersten zur Eidesleistung bestimmten Termins beginnen. Würde also dieser Eidesleistungstermin vertagt werden, weil z. B. der Antrag aus § 465 nicht gestellt würde, so würde von der Vertagung ab die Frist laufen. Das würde bedeuten, daß dem Antragsteller nicht mehr die volle Frist zur Verfügung stehen würde, wenn er den Antrag nach dem zweiten Termin stellen wollte; ja eine Möglichkeit der Antragstellung könnte überhaupt nicht bestehen, wenn die beiden Termine über eine Woche auseinanderliegen würden. Dieses von vielen vertretene Er-

---

[109]) A. M. Stein, § 466 I,1.

[110]) A. M. Stein, § 466 I,1; Förster-Kann, § 466,3d cc, die die Stellung des Antrags vor Beginn der Notfrist gestatten.

[111]) Struckmann-Koch, § 466,1; Schönfeld im Recht 4, 235; — A. M. Neukamp, § 466,1; Schmidt, S. 561; Anonymus in JW. 1902,459. Ungenau: Stein, § 466 I,1; v. Seuffert, § 466,3.

gebnis[112]) ist abzulehnen[113]). Es steht im Widerspruch zu § 465, der einen Antrag des Gegners verlangt. Es widerspricht auch § 466 Satz 1, der von einer Beseitigung der Versäumnisfolge spricht. Eine Beseitigung ist nicht möglich, wenn die Versäumnisfolge noch nicht eingetreten ist. Das Wort „Termin" im zweiten Satz nimmt nicht Bezug auf den zur Eidesleistung bestimmten Termin des ersten Satzes. Es bezeichnet vielmehr den die Eidesverweigerung erzeugenden Beweistermin, der allerdings bei Zulassung des Fiktionsantrages auch der zur Eidesleistung bestimmte Termin ist.

Zu beachten ist, daß hier die Notfrist mit einem Termin und nicht, wie üblich, mit einer Zustellung beginnt (vgl. z. B. §§ 104 III, 339).

Die Frist läuft stets ohne Rücksicht auf die Kenntnis der schwurpflichtigen Partei[114]). Dies bedeutet eine große Härte, wenn der Schwurpflichtige ohne Verschulden im Eidesleistungstermin ausblieb. Wegen dieser Unbilligkeit kann die Neuregelung nicht als Fortschritt angesprochen werden; hier setzt die Kritik der Literatur ein[115]).

Die Frist endet mit dem Ablauf desjenigen Tages der folgenden Woche, der mit dem Tage, an dem sie beginnt, den gleichen Namen trägt (§ 222 I, BGB. § 188 II). Mit Rücksicht auf diese Nachholungsmöglichkeit von einer Woche verbietet § 467 I Satz 1 die Verkündung etwa ergangener Entscheidungen innerhalb dieser Zeit. § 467 I Satz 1 ist in Verbindung mit § 465 freier auszulegen: Nicht die Versäumung des Termins allein führt die Eidesverweigerung herbei, sondern die Stellung des Fiktionsantrages muß hinzukommen. Eine wörtliche Interpretation dieses Paragraphen gehört natürlich zu den Beweismitteln der Gegenmeinung.

Die Frist ist eine Notfrist. Es gelten daher für sie folgende Bestimmungen:

---

[112]) Neukamp, § 466,1; Kroschel, ZZpr. 28,132; Daniels in DJZ. 6,410 f.; Auerbach in JW. 1899,468; OLG. Köln in ZZpr. 31,98 (Rspr. 5,66 f.).

[113]) Förster-Kann, § 466,3d aa; Koll in ZZpr. 31,101.

[114]) Stein, § 466 I,1.

[115]) Stein, § 465 I.

a) Sie wird durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (§ 233 II).

b) Durch Parteivereinbarung kann sie auch nicht verlängert oder verkürzt werden (§ 224 I).

c) Gegen ihre Nichteinhaltung kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden (§ 233). Wenn die Partei durch Naturereignisse oder sonstige unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, die Notfrist aus § 466 einzuhalten, ist dieser Antrag möglich. Es genügt nicht, daß ihr kein Verschulden zur Last fällt, daß sie z. B. den Antrag aus § 466 nicht gestellt hat, weil sie sich in unverschuldeter Unkenntnis befand, oder weil der Anwalt die Schuld an dem Nichterscheinen des Schwurpflichtigen durch nicht rechtzeitige Benachrichtigung trug[116]). Nur höhere Gewalt begründet ein Recht auf Wiedereinsetzung. Dieser Antrag ist zulässig innerhalb einer Frist von zwei Wochen. Sie beginnt mit Beseitigung des Hindernisses. Nach Ablauf eines Jahres vom Ende der versäumten Notfrist ab ist der Antrag überhaupt ausgeschlossen. (§ 234 I—III). Mündlich verhandelt wird über den Antrag vor dem Prozeßgericht, und zwar in derjenigen Instanz, in der die Sache zur Zeit des Ablaufes der Notfrist abhängig war (§ 237)[117]).

Wird dem Restitutionsantrag stattgegeben, so wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in der er sich befunden hätte, wenn der Antrag aus § 466 rechtzeitig gestellt worden wäre. Denn mit dem Wiedereinsetzungsantrag bekundet der Antragsteller gleichzeitig seinen Willen, den versäumten Antrag aus § 466 nachzuholen. Dieser braucht nicht besonders gestellt zu werden. — Es ist möglich, daß die Sache inzwischen vor einer höheren Instanz verhandelt wird. Dann kann es geschehen, daß ein Urteil des Reichsgerichts hinfällig wird durch eine unterinstanzliche Entscheidung, die auf einen stattgegebenen Wiedereinsetzungsantrag und nachfolgende Eidesabnahme ergeht[118]).

---

[116]) OLG. Köln in ZZpr. 31, 96 ff.; Koll in ZZpr. 31,99.

[117]) Stein, § 466 II; Kroschel in ZZpr. 28,136.

[118]) Stein, § 466 II.

II. Wird der Antrag auf Nachholung gestellt, oder wird einem Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumnis der Notfrist stattgegeben, so ist über den Nachholungsantrag zu verhandeln. Im Gesetz ist zwar hierüber nichts gesagt. Doch läßt sich die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung daraus schließen, daß der Gesetzgeber, wo das Mündlichkeitsprinzip durchbrochen wird, dies ausdrücklich erwähnt (§§ 46, 126). Eine solche Bestimmung findet sich im § 466 nicht[119]). Die mündliche Verhandlung findet in dem Termin statt, der zur Verkündung der Entscheidung in der Hauptsache oder eines ergangenen Beweisbeschlusses nach § 467 I Satz 1 bestimmt ist. War eine solche Entscheidung nicht ergangen, so findet die Verhandlung in dem nächsten angesetzten Termin zur mündlichen Verhandlung statt (§ 467 I Satz 2). Wird dem Antrage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattgegeben, so ist in demselben Termin auch über die Zulässigkeit des Nachholungsantrags zu verhandeln.

Die Zulässigkeit des Antrags kann vom Gegner bestritten werden. Möglich ist eine Entscheidung des Streits durch Zwischenurteil (§ 303)[120]). Von Amtswegen hat eine Prüfung stattzufinden, ob die Notfrist eingehalten worden ist[121]).

III. Wird dem Nachholungsantrag stattgegeben, so wird die Folge der Versäumnis des Termins beseitigt. Unter Versäumnisfolge des Termins ist in Verbindung mit § 465 die Fiktion der Eidesverweigerung zu verstehen. Die Gegenmeinung hält allerdings das Recht auf Stellung des Fiktionsantrages für die Versäumnisfolge. Wie ist dies aber zu „beseitigen", wenn der Antrag schon gestellt ist und die Fiktion der Eidesverweigerung bewirkt hat?

Mit der Zulassung des Nachholungsantrags wird das gewonnene Beweisergebnis hinfällig. Das Schwurthema ist

---

[119]) Kroschel in ZZpr. 28,128.
[120]) Kroschel a. a. O. 28,128 f.
[121]) Kroschel a. a. O. S. 134.

weder bewiesen noch widerlegt. Es besteht dieselbe Prozeßlage wie in dem Augenblick, in dem zur ersten Eidesleistung geschritten wurde. Noch können die Parteien von allen Rechten, die ihnen nach Erlaß der den Eid auferlegenden Entscheidung zustanden, Gebrauch machen. Insbesondere können, wenn der Eid durch Beschluß auferlegt war, noch neue Beweise geltend gemacht werden (§ 453)[122]). Mit der Aufforderung zur Eidesleistung beginnt der eigentliche Beweistermin, der entweder nach der mündlichen Verhandlung sofort beginnen oder zeitlich mit ihr auseinanderfallen wird.

Erscheint der Schwurpflichtige auch in diesem zweiten Beweistermin nicht, so wird wiederum die Fiktion der Eidesverweigerung herbeigeführt, wenn der Gegner den Antrag aus § 465 stellt[123]). Aber hier greift, um einer endlosen Prozeßverschleppung den Weg zu versperren, die Vorschrift des § 468 ein. Eine nochmalige Nachholungsmöglichkeit besteht nicht. Die Fiktion des § 465 kann bei einem zweiten Eintritt nicht beseitigt werden. An diesem Ergebnis ändert auch ein irrtümlich später abgenommener Eid nichts. Die Fiktion bleibt bestehen[124]). Versäumt der Schwurpflichtige auch diesen zweiten Termin, so kann die Partei nur die Gefälligkeit des Gegners, der den Antrag aus § 465 nicht stellt, retten.

Diese Fiktion der Eidesverweigerung ist endgültig. Es gibt keine Notfrist, in der sie durch einen Nachholungsantrag beseitigt werden könnte; es gibt auch keine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung einer solchen Notfrist[125]). Die Entscheidung, die auf Grund dieser endgültigen Fiktion ergeht, unterliegt nicht den Beschränkungen des § 467 I. Sie braucht nicht erst frühestens nach Ablauf einer Woche, sondern sie kann sofort verkündet werden. Die Möglichkeit einer Nachholung innerhalb einer einwöchigen Frist ist ja nicht mehr vorhanden.

---

[122]) OLG. Stuttgart Rspr. 15,140.

[123]) KG. Rspr. 9,109; KG. im Recht 11 Nr. 346; OLG. Hamburg im Recht 26 Nr. 1596.

[124]) OLG. Hamburg im Recht 22 Nr. 1034 (Rspr. 37,146 ff.).

[125]) Stein, § 468.

§ 32. e) Ergebnis.

Wir fassen zusammen:

1. Der letzte Fall einer Eidesverweigerung, das Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Eidesleistungstermin, hat eine ausführliche Regelung durch die Novelle von 1898 erfahren.
2. Eine Eidesverweigerung liegt vor, wenn der Schwurpflichtige im Eidesleistungstermin nicht erscheint.
3. Nichterscheinen des Schwurpflichtigen beweist für das Gericht, daß die Partei ihr Einverständnis mit ihrer Pflicht, die Folgen der Eidesleistung zu dulden, nicht erklärt hat.
4. Die Folge ist Fiktion der Leistungsverweigerung.
5. Diese Wirkung tritt auf Antrag des Gegners ein.
6. Sie kann durch einmalige Nachholung beseitigt werden.

§ 33. B. Die Eidesabnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter.

I. Es empfiehlt sich, den Fall des Nichterscheinens bei einer kommissarischen Beweisaufnahme in einem kurzen Abschnitt gesondert zu skizzieren. Eine Verbindung mit dem gewöhnlichen Fall, dem Nichterscheinen vor dem Prozeßgericht, wie sie meist in den Kommentaren sich findet, würde bei dem unbewußten Dualismus des Gesetzes ein unklares Bild von beiden Fällen ergeben. Auch lohnt sich die getrennte Behandlung. Es tritt hier scharf der Unterschied der einzelnen Abschnitte, in die das Verfahren nach der Auferlegung des Eides zerfällt, hervor: mündliche Verhandlung — Beweisaufnahme — mündliche Verhandlung. Die Beweisaufnahme findet in der Hauptsache vor dem Richterkommissar statt — für die mündliche Verhandlung ist das Prozeßgericht ausschließlich zuständig. Wir verfolgen den Gang des Verfahrens.

II. 1. Der Schwurpflichtige ist am Erscheinen vor dem Prozeßgericht verhindert oder hält sich in großer Entfernung von dem Sitz desselben auf. Die Voraussetzungen für eine kommissarische Beweisaufnahme sind gegeben (§ 479). Notwendig ist für sie eine Anordnung des Gerichts. Diese ergeht

auf Antrag der Partei oder von Amtswegen, sobald der Eid durch Beschluß auferlegt oder das Eidesurteil rechtskräftig geworden ist, und kann in der mündlichen Verhandlung, in der die Möglichkeit der Eidesabnahme festgestellt wird, erfolgen. Notwendig ist die mündliche Verhandlung jedoch nicht[126]). Erforderlich ist Beschlußform; eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt(§ 355 II). Nur die Parteien oder ihre Anwälte sind vor dem Prozeßgericht tätig, nicht der Schwurpflichtige als solcher, der ja nicht erscheinen kann. Eine Eidesverweigerung des letzteren durch Nichterscheinen ist jetzt noch nicht möglich.

2. Vor dem Richterkommissar erfolgt lediglich die Eidesleistung, d. h. ein Teil der Beweisaufnahme. Nur auf das Erscheinen des Schwurpflichtigen kommt es hier an. Wir sehen wieder von dem Fall der Leistungsverweigerung ab, in dem die Partei für den Dritten oder der Prozeßbevollmächtigte für die Partei die Leistung verweigert[127]). Erforderlich ist, daß der Schwurpflichtige im ganzen Beweistermin, mögen auch noch andere Beweise aufgenommen werden[128]), nicht anwesend ist. Bleibt er aus, dann wird der beauftragte oder ersuchte Richter zu prüfen haben, ob eine ordnungsmäßige Ladung der Partei stattgefunden hat, und wird bei einem verneinenden Ergebnis einen neuen Termin zur Eidesleistung anzusetzen haben[129]). Anderenfalls ist das Nichterscheinen im Protokoll festzustellen[130]). Hiermit schließt die Tätigkeit des Richterkommissars ab.

3. Ein Beweisergebnis ist noch nicht vorhanden; die Beweisaufnahme findet ihre Fortsetzung vor dem Prozeßgericht. Der Termin hierzu wird meist schon in dem Überweisungsbeschluß an den beauftragten oder ersuchten Richter bestimmt sein. Ist dies nicht der Fall, so muß der neue Termin von Amtswegen bestimmt und verkündet werden

---

[126]) Hergenhahn in ZZpr. 15,9; RG. 16,412; 34,359. — A. M. Stein, § 355 I,1; v. Seuffert, § 355,1; Förster-Kann, § 462,2b.

[127]) Stein, § 464 II.

[128]) v. Seuffert, § 465,2a.

[129]) v. Seuffert, § 465,2a.

[130]) Stein, § 465 V.

(§ 370 II). In dem neuen Beweistermin vor dem Prozeßgericht findet bei Untätigkeit des Gegners Vertagung statt, oder die Zulassung des Fiktionsantrages, der nur hier gestellt werden kann[131]), beendet die Beweisaufnahme. In der Tat kann hier der Gegner nur am Orte des Prozeßgerichts tätig werden. Eine Tätigkeit vor dem beauftragten oder ersuchten Richter von ihm zu verlangen, wäre ein Unding. Die mündliche Verhandlung setzt ein. Das Verfahren nimmt seinen Fortgang.

4. Um die Folgen der Eidesverweigerung von sich abzuwenden, kann die schwurpflichtige Partei nachträglich die Abnahme des Eides beantragen (§ 466). Bei der Auslegung dieses Satzes setzt der Kampf ein. Nicht nur die Gegenmeinung, sondern auch jene vermittelnde Theorie, die den Widerspruch des Gesetzes als einen bewußten auffaßt, steht gegen uns.

a) Die schwurpflichtige Partei kann „die Versäumnisfolge beseitigen“ (§ 466 Satz 1). Versäumnisfolge bedeutet durch Antrag des Gegners herbeigeführte Fiktion der Eidesverweigerung (§ 465). Ihre Beseitigung setzt also Stellung des Fiktionsantrages voraus[132]). Dieser kann nur vor dem Prozeßgericht gestellt werden. Also kann die Notfrist des § 466 frühestens nach dem Termin vor dem Prozeßgericht, nicht mit dem Schwurtermin, jedenfalls aber erst dann beginnen, wenn der Fiktionsantrag zugelassen ist[133]). Daher ist auch der Antrag auf Nachholung vor dem Prozeßgericht zu stellen[134]). Der ersuchte Richter (der beauftragte kommt für die Entgegennahme des Nachholungsantrags nicht in Frage) weiß ja garnicht, ob der Fiktionsantrag zugelassen, ob

---

[131]) Neukamp, § 465,4; Struckmann-Koch, § 465,2,3; — A. M. Hellwig, System I, S. 736 Anm. 36.

[132]) A. M. Stein, § 466 I; v. Seuffert, § 466,3; Förster-Kann, § 466,1; Petersen, § 466,3; Osterrieth in JW. 1902, 389; OLG. Köln in ZZpr. 31,96 ff. (Rspr. 5,66): der Nachholungsantrag diene auch zur Verhütung der Fiktion.

[133]) Struckmann-Koch, § 466,1; Koll in ZZpr. 31,100 ff.

[134]) A. M. Stein, § 466 I,2; v. Seuffert, § 466,2; Struckmann-Koch, § 466,2; Petersen, § 466,2; Brettner in ZZpr. 26,358 f. (Recht 4,194); Meyer in ZZpr. 28,314 (Recht 4,260).

ein Beweisergebnis schon vorhanden ist, ob die Notfrist begonnen hat. Würde er Termin zur Eidesabnahme ansetzen, so würde dieser als zweite Eidesleistung im Sinne des § 468 für ihn aufzufassen sein, während in Wirklichkeit noch gar keine Versäumnis vorgelegen hat. Ein Durcheinander würde entstehen. Klarheit schaffen und den Nachholungsantrag entgegennehmen kann allein das Prozeßgericht[135]). Auch für den Wiedereinsetzungsantrag ist nur das Prozeßgericht zuständig[136]).

b) Wie läßt sich dieses Ergebnis nun mit dem Wortlaut des § 467 II, dem Argument der Gegenmeinung, vereinigen? Hinter den Worten „innerhalb der Notfrist die Abnahme des Eides" ist zu ergänzen „bei dem Prozeßgericht beantragt". Die Terminsanberaumung ist dem Prozeßgericht oder dem beauftragten oder dem ersuchten Richter zu überlassen. Es ist zuzugeben, daß diese Auslegung den § 467 II überflüssig erscheinen läßt. Denn eine solche Regelung der Terminsanberaumung ist ja schon als Grundsatz in den §§ 361, 362 ausgesprochen, ihre Erwähnung an dieser Stelle scheinbar unnötig.

Und doch ist § 467 II, wie er von uns ausgelegt wird, nicht ganz überflüssig. Allerdings kommt es an dieser Stelle nicht auf das den Termin bestimmende Gericht an. § 467 will die Fortsetzung der Verhandlung nach erfolgtem Nachholungsantrag regeln. Bei der prozeßgerichtlichen Verhandlung ist irgend ein Termin zur mündlichen Verhandlung schon bestimmt, nicht aber bei der kommissarischen Beweisaufnahme. Es ist daher hier Terminsanberaumung im Falle des Nachholungsantrags erforderlich. Dies will § 467 II besagen, nicht aber die Frage des terminbestimmenden Gerichtes klären. Darum ist, wenn in § 467 II nicht einmal gesagt ist, wer den Termin anzusetzen hat, auch nicht bestimmt, wo der Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme von der schwurpflichtigen Partei zu stellen ist. Das terminbestimmende Gericht ergibt sich aus den §§ 361, 362. Es steht aber noch

---

[135]) Schönfeld im Recht 4, 141, 235.

[136]) Kroschel in ZZpr. 28, 135.

nicht fest, wer den Nachholungsantrag entgegenzunehmen hat. Dazu ist, wie wir sahen, das Prozeßgericht am besten imstande.

c) Gänzlich möchte ich jene Ansicht ablehnen, die für Entgegennahme des Antrags beide Gerichte zuständig sein läßt[137]). Sie führt zu folgenden Ergebnissen: Die schwurpflichtige Partei in München beauftragt ihren Prozeßbevollmächtigten in Königsberg, am Sitz des Prozeßgerichts, den Nachholungsantrag zu stellen. Dieser beantragt dort, das Münchener Gericht noch einmal um nachträgliche Eidesabnahme zu ersuchen. Das Prozeßgericht gibt dem Antrag statt. Inzwischen stellt der vorsichtige Schwurpflichtige den Nachholungsantrag in München. In dem vom Münchener Gericht angesetzten Beweistermin wird die Leistung verweigert. Nachträglich trifft das Ersuchen des Königsberger Gerichtes ein. Die Unklarheit dauert fort. Sie ist nur durch ein „Entweder-Oder" zu verhüten.

d) Die Nachteile der Gegenmeinung, die den ersuchten Richter für die Entgegennahme des Antrags allein zuständig sein läßt, mag ein ähnliches Beispiel zeigen. Herr X in München soll für die in Königsberg wohnende und dort im Rechtsstreit befindliche Partei den Eid leisten. Vor dem ersuchten Münchener Gericht erscheint X versehentlich nicht. Den Nachholungsantrag darf nur die schwurpflichtige Partei stellen, da ein Dritter nicht in den Prozeß eingreifen kann. Soll diese sich wegen der Nachholung an das Münchener Gericht wenden? Es kann hier wie auch in allen anderen Fällen nur das Prozeßgericht den Nachholungsantrag entgegennehmen.

Gewiß verzögert sich bei dieser Auffassung der Prozeß um kurze Zeit. Denn der ersuchte Richter muß erst die Akten zurücksenden[138]). Die Notfrist läuft frühestens von dem Termin vor dem Prozeßgericht an und womöglich müssen die Akten noch einmal an den ersuchten Richter zurückgehen.

---

[137]) Neukamp, § 467,2; Hellwig, System I, S. 737, Anm. 37; Auerbach in JW. 1899, 468; Koll in ZZpr. 31, 102 f, Anonymus in JW. 1902, 459; OLG. Breslau Rspr. 41, 272.

[138]) v. Seuffert, § 465, 3a β; — A. M. Stein, § 467 II.

e) So hat der gesetzliche Dualismus eine heillose Verwirrung angerichtet. § 465 brachte den Fiktionsantrag des Gegners. Damit stellte sich die Zivilprozeßordnung in bewußten Gegensatz zum Gewerbegerichtsgesetz von 1890. Bei der weiteren Regelung aber wird dieser Unterschied übersehen, der Antrag vergessen. So mußte man versuchen, den zum Teil widersprechenden Gesetzestext in Einklang zu bringen. Es gelang, ohne daß man den Fiktionsantrag aufzugeben, den Text zu ändern brauchte. Unsere Auslegung bringt keine Unbilligkeiten und bedarf keiner Ausnahme; sie macht nur unter Umständen eine kurze Verzögerung bei der kommissarischen Beweisaufnahme nötig. Diese Tatsachen genügen, um die dargelegte Ansicht zu rechtfertigen und ihr vor der herrschenden Meinung den Vorzug zu geben. Damit ist aber nichts über die Frage gesagt, ob der Fiktionsantrag des Gegners eine vorbildliche Errungenschaft der Novelle von 1898 bedeutet.

Lebenslauf.

Ich, Wolfgang Christian Adolf Busch, wurde am 5. Februar 1904 in Stolp (Pommern) als Sohn des Pastors Wilhelm Busch in Groß-Schwirsen (Kreis Rummelsburg) und seiner Ehefrau Clara, geborene Neumann, geboren. 1911 wurde mein Vater als Provinzialerziehungsrat an die Provinzialverwaltung Merseburg versetzt. Ich besuchte die Mittelschule und das Domgymnasium in Merseburg. Letzteres verließ ich Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife. Ich studierte darauf an den Universitäten Marburg und Halle je drei Semester die Rechte. Am 13. und 15. Juni 1925 bestand ich die erste juristische Prüfung am Oberlandesgericht Naumburg. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst und bin zur Zeit am Amtsgericht Halle beschäftigt. Am 30. Januar 1926 unterzog ich mich der juristischen Doktorprüfung, die ich mit dem Prädikat „magna cum laude“ bestand.

Unter meinen hochverehrten Lehrern bin ich Herrn Professor Dr. Dr. Langheineken zu besonderem Danke verpflichtet.